

DIE AUSLEGUNG DES § 1365 ABS.1 BGB
UND
SEIN EINFLUSS AUF DAS GESELLSCHAFTSRECHT

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Johann Wolfgang Goethe-Universität
zu Frankfurt am Main

vorgelegt von

Gerhard Ollig
aus Kaisersesch (Eifel)

1964



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546413_0002

DIE AUSLEGUNG DES § 1365 ABS.1 BGB
UND
SEIN EINFLUSS AUF DAS GESELLSCHAFTSRECHT

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Johann Wolfgang Goethe-Universität
zu Frankfurt am Main



vorgelegt von
Gerhard Ollig
aus Kaisersesch (Eifel)

1964

Erstgutachter: Professor Dr. Heinrich KRONSTEIN
Zweitgutachter: Professor Dr. Hellmut Georg ISELE

Tag der mündlichen Prüfung: 26. Februar 1964



Faint text, possibly a signature or official stamp, located below the circular mark.

MEINEN ELTERN

I. The mother and father

1. My mother's character
2. My father's character
3. My mother's life
4. My father's life
5. My mother's education
6. My father's education

II. The mother and father's education

1. The mother's education
2. The father's education
3. The mother's education in the home
4. The father's education in the home
5. The mother's education in the school
6. The father's education in the school

I N H A L T

	Seite
§ 1 Einleitung und Problemstellung	25
<u>1. TEIL</u>	
DIE ZUR AUSLEGUNG DES § 1365 ABS.1 BGB HERANZUZIEHENDEN ELEMENTE UND IHRE BEDEUTUNG	28
§ 2 Allgemeine Auslegungsgrundsätze	28
§ 3 Der Wortlaut	31
1. Die dominierende Stellung des Verfügungsbegriffes	31
2. Der Verfügungsbegriff	33
3. Die Charakterisierung des vinkulierten Rechtsgeschäfts als Verpflichtungsgeschäft	34
a) Theorie Rittners	34
b) Weitere Deutungsmöglichkeit	36
4. Die isolierten Verfügungen	38
5. Der Vermögensbegriff	39
6. Die Bedeutung des Ausdrucks Vermögen "im ganzen"	41
7. Die Eigenschaftstheorie Eppigs	42
8. Zusammenfassung	44
§ 4 Die Motive und Materialien	45
1. Allgemeiner Überblick	45
2. Verfügungsbegriff	46
3. Zweck der Norm	47
4. Schutz des Rechtsverkehrs	47
5. Sonstige Erörterungen	48
6. Kurzer historischer Überblick	49
§ 5 Die systematische Stellung des § 1365 Abs.1 BGB im Rahmen des Gesetzes	50
1. Das Verhältnis zu § 1364 BGB	50
2. Das Verhältnis zu den übrigen Bestimmungen des gesetz- lichen Güterstandes	51
a) Die Einfügung des § 1365 BGB in den gesetzlichen Güter- stand	51
b) Verhältnis zu § 1365 Abs.2 BGB	52
c) Die §§ 1386 Abs.2 und 1368 BGB	52

	Seite
3. Das Verhältnis zu Art. 6 Abs. 1 Grundgesetz	53
4. Das Verhältnis zu Bestimmungen, in denen den Interessen des Rechtsverkehrs Rechnung getragen wird	55
a) § 135 Abs. 1 und 2 BGB	55
b) Vertrauensschutz und Verkehrsschutz	57
aa) Anscheinsvollmacht	57
bb) Faktische Gesellschaft	58
§ 6 Sinn und Zweck des § 1365 Abs. 1 BGB	63
1. Literaturübersicht	63
2. Die Interessenlage	64
a) Der andere Ehegatte	64
b) Die Familie	64
c) Verhältnis der beiden Zwecke zueinander	65
d) Konkretisierung des Zweckgedankens	66
e) Der handelnde Ehegatte und der Rechtsverkehr	66
f) Zusammenfassung	68
§ 7 Der Vergleich mit ähnlichen Bestimmungen	68
1. Die §§ 1444 a. F. und 1423 n. F. BGB	69
2. § 311 BGB	70
3. § 1822 Nr. 1 BGB	71
4. § 419 BGB	72
5. § 1369 BGB	76
6. Ähnliche Bestimmungen des ausländischen Rechts	76
a) Die nordischen Rechte	76
b) Das Schweizer Recht	77
§ 8 Die maßgebliche Grundkonzeption des Wortlauts von § 1365 Abs. 1 Satz 1 BGB (Inhalts- oder Gegenstandsbezogenheit)	78
 <u>2. TEIL</u>	
GESELLSCHAFTSRECHTLICHE PROBLEME	81
§ 9 Der Abschluß des Gesellschaftsvertrages bei der Gründung einer Personalhandelsgesellschaft	81

I. Vermögen des Gesellschafters	81
1. Der Inhalt des Vermögensbegriffes	81
a) Vermögen als Zusammenfassung der Rechte und Verbindlichkeiten	82
b) Das Netto- oder Reinvermögen (wirtschaftlicher Vermögensbegriff)	82
c) Das Aktiv- oder Bruttovermögen (juristischer Vermögensbegriff)	86
aa) Dingliche Belastungen	86
bb) Verpflichtungsgeschäfte	86
2. Der Inhalt des Aktivvermögensbegriffes	91
a) Wirtschaftliche oder geldwerte Rechte	91
b) Einzelne Rechte	92
c) Wesentliche Rechte	92
3. Vermögensbruchteile	95
II. Das Einbringen des wesentlichen Vermögens als Verfügung	96
1. Das Einbringen des Vermögens in eine Gesellschaft als Verfügung im rechtstechnischen Sinne	97
2. Der wirtschaftliche Verfügungsbegriff	99
a) Theorie Wöbelauers (Berücksichtigung des Entgelts)	100
b) Wirtschaftliche Betrachtungsweise im engeren Sinne	106
3. Die Verwendbarkeit des rechtstechnischen Verfügungsbegriffes	110
§ 10 Die "Umwandlung" einer Bruchteils- oder Gesamthandsgemeinschaft in eine Personalhandelsgesellschaft als Verfügung i. S. des § 1365 Abs. 1 BGB	111
1. Bruchteilsgemeinschaft	112
2. Erbengemeinschaft	114
3. Die Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts	116

§ 11	Wirkung eines Verstoßes gegen § 1365 BGB auf die Personalhandelsgesellschaft (faktische Gesellschaft)	117
§ 12	Der Abschluß eines Gesellschaftsvertrages zur Gründung einer Kapitalgesellschaft	120
	1. Die Theorie Reinickes	121
	2. Eigene Stellungnahme	122
§ 13	Der Abschluß mehrerer Gesellschaftsverträge oder anderer Verträge, die in ihrer Gesamtheit auf eine "Verfügung über das Vermögen" abzielen (sukzessive Verträge)	123
	1. Überblick über Rechtsprechung und Literatur	124
	2. Eigene Stellungnahme	125
§ 14	Der maßgebliche Zeitpunkt für das Vorliegen der Einwilligung	127
	1. Bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages ist der Gesellschafter noch nicht verheiratet, wohl aber zur Zeit des Einbringens	128
	2. Bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages sind die betroffenen Gegenstände noch nicht das wesentliche Vermögen, wohl aber zur Zeit des Einbringens	130
	3. Bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages stellen die betroffenen Gegenstände zwar das Vermögen dar, nicht jedoch zur Zeit des Einbringens	131
	4. Bei dem Einbringen des Vermögens in die Gesellschaft ist der Ehegatte nicht mehr verheiratet	133
§ 15	Änderungen des Gesellschaftsvertrages bei der Personalgesellschaft	133
	1. Änderung der Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis	134
	2. Änderung der Gewinn- und Verlustbeteiligung	134
	3. Änderung oder Berichtigung des Kapitalanteils	135
	4. Die Aufnahme eines neuen Gesellschafters	135
	5. Die Verlängerung der Gesellschaftsdauer	136
	6. Vereinbarung und Änderung einer Abfindungsklausel	136
	a) Literaturübersicht	136
	b) Eigene Stellungnahme	137
§ 16	Die Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses	138
	1. Literaturübersicht	139
	2. Eigene Stellungnahme	140

	Seite
3. Die Auflösungsklage	142
§ 17 Veräußerung und Übertragung eines Gesellschaftsanteils	143
§ 18 Schutz des gutgläubigen Dritten	145
1. Der gute Glaube an die alleinige Verfügungsbefugnis	145
2. Unkenntnis der Tatsache, daß das ganze Vermögen betroffen ist	146
§ 19 Abdingbarkeit des § 1365 Abs. 1 BGB	149
LEBENS LAUF	154

LITERATURVERZEICHNIS

- Achilles-Greifff Kommentar zur Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, bearbeitet von Günther Beitzke (Familienrecht) u. a. m., 21. Aufl., Berlin 1958
- Auweder Gleichberechtigung und Handelsregister, Rtsplf. 1960, 35 ff
- Bade Auswirkungen des Gleichberechtigungsgesetzes (§§ 1365 ff) für die Übergangszeit und bei Änderung des Personenstandes zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft, NJW 1958, 1957 f
- Bachof, Otto Auslegung gegen den Wortlaut und Verordnungsgebung contra legem, JZ 1963, 697 ff
- Bärmann, Johannes Das neue Ehegüterrecht, AcP 157, 145 ff
- Bärmann, Johannes Kritik am neuen Ehegüterrecht, JZ 1958, 225 ff
- Bartholomä, Walter Vermögensübernahme, Regensburg-München 1957
- Baur, Fritz Zwangsvollstreckungs- und konkursrechtliche Fragen zum Gleichberechtigungsgesetz, FamRZ 1958, 252 ff
- Baur, Fritz Lehrbuch des Sachenrechts, 2. Auflage, München und Berlin 1963
- Beitzke, Günther Familienrecht, 10. Aufl., München und Berlin 1962
- Beitzke, Günther Gesellschaftsvertrag und güterrechtliche Verfügungsbeschränkung, DB 1961, 21 ff
- Beitzke, Günther Anmerkung zu einer Entscheidung, JR 1961, 342 ff
- Berent, Margarete Die Zugewinnstgemeinschaft der Ehegatten, Breslau 1915
- Bergenroth Enthält § 419 BGB einen subjektiven Tatbestand? MDR 1953, 140 ff
- Bergmann, Alexander Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Bd. I bis V, 3. Aufl., Frankfurt 1957
- Berner Kommentar Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Bd. II, 1. Abteilung 2. Halbband, bearbeitet von Paul Lemp, Bern 1962
- Boehmer, Gustav Die Teilreform des Familienrechts durch das Gleichberechtigungsgesetz vom 18. 6. 1957 und das Familienrechtsänderungsgesetz vom 11. 8. 1961, Tübingen 1962

- Boehmer, Gustav Die Gleichberechtigung der Frau im Eherecht; Eheliches Güterrecht, MDR 1950, 450 ff
- Boehmer, Gustav Ergänzende Bemerkungen zu der sogenannten Vinkulierung des Hausrats in § 1369 BGB n.F., FamRZ 1959, 1 ff und 81 ff
- Boesebeck, Ernst Gefährdung von Gesellschaftsverträgen durch Zugewinnsgemeinschaft, DB 1958, 1147 ff
- Bosch, F. W. Anmerkung zu einem Beschluß des LG Bielefeld, FamRZ 1958, 469 f
- Bosch, F. W. Freiheit und Bindung im neuen deutschen Familienrecht, FamRZ 1958, 81 ff
- Bosch, F. W. Das neue Ehevermögensrecht, insbesondere das Ehegüterrecht - Grundlinien, Hauptprobleme, FamRZ 1958, 289 ff
- Bosch, F. W. Bemerkungen zum Gleichberechtigungsgesetz, FamRZ 1957, 189 ff
- Breetzke Anmerkung zu einem Urteil, NJW 1960, 1466
- Buchwald-Tiefenbacher Die zweckmäßige Gesellschaftsform nach Handels- und Steuerrecht, herausgegeben von F. Buchwald und E. Tiefenbacher, 2. Aufl., Heidelberg 1961
- Coing, Helmut Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik, Köln-Opladen 1959
- Coing, Helmut System, Geschichte und Interesse in der Privatrechtswissenschaft, JZ 1951, 481 ff
- Coing, Helmut Festrede anlässlich der Jubiläumsfeier des Deutschen Juristentages, NJW 1960, 1944
- Coing, Helmut Anmerkung zu einem Urteil des BGH, JZ 1952, 689 f
- Dernburg, Heinrich Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts des Deutschen Reichs und Preußens, 1. Band, Halle 1902
- Eiselt, Gerhard Die Bedeutung des § 1365 BGB für Gesellschaftsverträge, JZ 1960, 562 ff
- Engisch, Karl Einführung in das juristische Denken, 2. Aufl., Stuttgart 1956

Enneccerus	Ein Lehrbuch 1. Band, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., 1. Halbband Tübingen, 1959, 2. Halbband Tübingen 1960, bearbeitet von Hans Carl Nipperdey 2. Band, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl. Tübingen 1958, bearbeitet von Heinrich Lehmann 3. Band, Sachenrecht, 10. Aufl. Tübingen 1957, bearbeitet von Ludwig Raiser 4. Band, Das Familienrecht, 7. Auflage, Marburg 1931, bearbeitet von Martin Wolff
Eppig, Brigitte	Verwaltungsbeschränkungen und Verkehrsschutz bei der Zugewinnngemeinschaft, Dissertation, München 1959
Erman, Walter	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, bearbeitet von Arndt, Bartholomeyczik u. a. m., 1. und 2. Band, 3. Aufl., Münster 1963 Nebenband Familienrecht, bearbeitet von F.-J. Finke, 2. Aufl. Münster 1958 (zitiert: Erman; 2. Aufl.)
Esser, Josef	Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Aufl., Karlsruhe 1960 (1. Auflage 1949, zit.: Esser, 1. Aufl.)
Finke, Franz-Josef	Erläuterungen zum Gleichberechtigungsgesetz, MDR 1957, 514 ff
Finke, Franz-Josef	Das künftige eheliche Güterrecht, JR 1957, 161 ff
Fischer, Robert	Kollision zwischen Gesellschaftsrecht und ehelichem Güterrecht, NJW 1960, 937 ff
Fischer, Robert	Die faktische Gesellschaft, NJW 1955, 849 ff
Frank, Adolf	Kein Gutglaubensschutz nach dem Gleichberechtigungsgesetz, NJW 1959, 135 ff
Gaa, Lothar	Die Verfügungsbefugnis der Ehegatten im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, Dissertation, Heidelberg 1960
Gernhuber, Joachim	Besprechung: Boehmer, Gustav, Die Teilreform des Familienrechts, JZ 1963, 517

- Glum, Christine Elisabeth Die Einschränkungen der Verwaltungsfreiheit der Ehegatten im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, Dissertation, Erlangen-Nürnberg 1962
- Haegele Die Verpflichtungs- und Verfügungsbeschränkungen nach § 1365 BGB bei Zugewinnngemeinschaft, Rtspl. 1959, 4 ff und 242 ff
- Haegele Testamentsvollstrecker und § 1365 BGB, Rtspl. 1960, 386 f
- Haegele Neues um § 1365 BGB im Bereich des Grundstückrechts, Rtspl. 1960, 271 ff
- Haegele Anmerkung zu einer Entscheidung, Rtspl. 1960, 227, 229 und 291
- Hamann, Andreas Das Grundgesetz, ein Kommentar, 2. Aufl., Neuwied, Berlin 1960
- Hartung, Wolfgang Der Schutz des guten Glaubens bei den Verfügungsbeschränkungen des Gleichberechtigungsgesetzes, NJW 1959, 1020 f
- Haupt, Günter Über faktische Vertragsverhältnisse, Festschrift für Heinrich Siber, 2. Band, Leipzig 1943
- Haupt, Günter Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Tübingen 1944
- Haupt, Günter Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., neu bearbeitet von R. Reinhardt, Tübingen 1952
- Hoche, Ulrich Anmerkung zu einer Entscheidung, NJW 1958, 2069 f
- Hueck, Alfred Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 2. Aufl., Berlin 1951
- Jesch, Dietrich Auslegung gegen den Wortlaut und Verordnungsgebung contra legem? JZ 1963, 241 ff
- Kastrup, Dieter Die Verpflichtungs- und Verfügungsbeschränkungen der Zugewinnngemeinschaft, Dissertation, Köln 1961
- Kemper, Karl Die Verwaltungsbeschränkungen der Ehegatten im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft (§§ 1365 - 1369 BGB n.F.), Dissertation, Bonn 1962

- Knur, Alexander Probleme der Zugewinnngemeinschaft, Köln und Opladen 1959
- Knur, Alexander Zugewinnngemeinschaft, Ehevertrag und Verfügung von Todes wegen, DNotZ 1957, 451 ff
- Kohler, Rudi Die Maßnahmen des Unternehmers gegen die Risiken der Zugewinnngemeinschaft, BB 1959, 929
- Koeniger, Hans Der Schutz der Familie in der Zugewinnngemeinschaft, DRiZ 1959, 372 ff
- Kronstein, Heinrich Rechtsauslegung im wertgebundenen Recht, eine Antrittsvorlesung, Karlsruhe 1957
(Ausgewählte Schriften, Karlsruhe 1962, 69 ff)
- Kronstein, Heinrich Recht und wirtschaftliche Machtentfaltung, BB 1960, 221 ff
(Ausgewählte Schriften, Karlsruhe 1962, 93 ff)
- Kronstein, Heinrich Neue Deutsche wirtschaftliche Entscheidungen im Lichte des Amerikanischen Antitrustrechts, Karlsruhe 1953
(Ausgewählte Schriften, Karlsruhe 1962, 231 ff)
- Krückmann Zur Lehre vom Gesamteigentum, ZBlFG 1915/16, XVI, Jg. 1 ff, 41 ff
- Krüger-Breetzke-Nowak Gleichberechtigungsgesetz, ein Kommentar, bearbeitet von H. Krüger, Breetzke und Nowak, München und Berlin 1958
- Laue, Werner Der Übernahmevertrag nach § 419 BGB, AcP 146, 156 ff
- Laue, Werner Vermögen im Sinne des § 419 BGB, AcP 140, 64 ff
- Lauhoff, Erich Die Verfügungsbeschränkungen der Ehegatten in der Zugewinnngemeinschaft gemäß §§ 1365-1369 BGB, Dissertation, Münster 1962
- Lehmann, Heinrich Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, ein Lehrbuch, 9. Aufl., Berlin 1955
- Lehmann, Heinrich Deutsches Familienrecht, ein Lehrbuch, 3. Aufl., Berlin 1960
- Lehmann, Heinrich Faktische Vertragsverhältnisse, NJW 1958, 1 ff

- Linderhaus Die Verwaltungsbeschränkungen des § 1365 BGB bei der Grundstücksveräußerung und -belastung, NiederschrRhein NotK 1960, 148 ff (zitiert nach Haegele, Rtspl. 1960, 271 ff)
- Lorenz, Werner Die Verfügungsbeschränkungen im Rahmen der Zugewinnngemeinschaft, JZ 1959, 105 ff
- Lüthgen, Heinz Bedeutung des neuen ehelichen Güterrechts in einigen gesellschafts- und erbrechtlichen Fragen, GmbH-Rundschau 1957, 165 ff
- von Mangoldt-Klein Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Band 1, bearbeitet von v. Mangoldt und Klein, 2. Aufl., Berlin und Frankfurt 1957
- Maßfeller, Franz Das gesamte Familienrecht, Frankfurt, Berlin 1958
- Maßfeller, Franz Das Güterrecht des Gleichberechtigungsgesetzes, Teil II: Die Zugewinnngemeinschaft, DB 1957, 499 ff
- Maßfeller-Reinicke Das Gleichberechtigungsgesetz mit Erläuterungen, bearbeitet von F. Maßfeller und D. Reinicke, Köln-Berlin 1958
- Merdsche, Fritz Anmerkung zu einer Entscheidung, NJW 1958, 1729 ff
- Meyer-Stolte, Klaus Vinkulieren der Gesamtvermögensgeschäfte; Auswirkungen des § 1365 BGB n.F. auf das Grundstücksrecht, FamRZ 1959 S. 228 ff
- Meyer-Stolte, Klaus Anmerkung zu einer Entscheidung, FamRZ 1961, 363 ff
- Meyer-Stolte, Klaus Anmerkung zu einer Entscheidung, FamRZ 1958, 469
- Mülke, Horst Die Verwaltungsbeschränkung des § 1365 Abs. 1 BGB, Dissertation, Münster 1961
- Mülke, Horst Zur Verwaltungsbeschränkung des § 1365 Abs. 1 BGB, AcP 161, 129 ff
- Müller-Freienfels, Wolfram Kernfragen des Gleichberechtigungsgesetzes, JZ 1957, 685 ff
- Müller-Freienfels, Wolfram Die Gesellschaft zwischen Ehegatten, Eranion in honorem Georgii Maridakis, Vol. 2, 1963

- Müller-Freienfels, Wolfram Ehe und Recht, Tübingen 1962
- Nipperdey, Hans Carl Fristversäumnis bei der Anmeldung von Versorgungsansprüchen, NJW 1962, 321 ff
- Obermüller, Walter Einzelfragen der Geschäftspraxis zum Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes, BB 1958, 535 ff
- Obermüller, Walter Drei Jahre Gleichberechtigungsgesetz, BB 1961, 649 ff
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Kommentar, 21. Aufl., bearbeitet von Danckelmann, Gramm, Hoche, Keidel, Lauterbach, München und Berlin 1962
23. Aufl. 1964 (zitiert: Palandt, 23. Aufl. 1964)
- Petermann, Gerhard Die Vinkulierung des Hausrats bei der Zugewinnngemeinschaft, Rtpfl. 1960, 233 ff
- Pikalo, A. Der Einfluß des Güterstandes der Zugewinnngemeinschaft auf das Landwirtschaftsrecht, RdL 1958, 281 ff und RdL 1959, 1 ff
- Planck Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, Allgemeiner Teil, bearbeitet von Unzner, 4. Aufl., Berlin 1913
Band IV, 1. Hälfte, 4. Aufl., Berlin und Leipzig 1928
- Protokolle zu dem Gleichberechtigungsgesetz: 2. Wahlperiode des Deutschen Bundestages 1953; Ausschlußbericht zu Drucksache 3409 (Anlage); Drucksachen 3409, 112, 178, 224; Protokolle des Unterausschusses "Familienrechtsgesetz" des 16. Bundestagsausschusses
- Rahn, Hans Georg Auslegung gegen den Wortlaut und Verordnungsgebung contra legem, JZ 1963, 695 ff
- Reichsgerichtsräte-kommentar Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts
Band I, Allgemeiner Teil, 1. Teil (§§ 1-240), bearbeitet von Johannsen, Denecke u. a. m., 11. Aufl., Berlin 1959
2. Teil (§§ 241-432) bearbeitet von Fischer u. a. m., 11. Aufl., Berlin 1960

- Reichsgerichtsräte-
kommentar
- Band III, Sachenrecht, 1. Teil, bearbeitet von
Johannsen u. a. m., 11. Aufl., Berlin 1959
- Band IV, Familienrecht, bearbeitet von Erler, Sayn,
6. Aufl., Berlin und Leipzig 1928
- Band IV, Familienrecht, bearbeitet von Bessau
u. a. m., 9. Aufl., Berlin 1940
- Band IV, Familienrecht, 1. Teil, bearbeitet von
Scheffler, 10. und 11. Aufl., Berlin 1960
- Reichsgerichtsräte-
kommentar
- Kommentar zur Handelsgesetzbuch, früher herausge-
geben von Mitgliedern des Reichsgerichts,
- Band I (§§ 1-104) bearbeitet von v. Godin, Würdinger
u. a. m., 2. Aufl., Berlin 1953
- Band II (§ 195 ff) bearbeitet von Weipert u. a. m.,
2. Aufl., Berlin 1950
- Reinicke, Dietrich
- Verwaltungsbeschränkungen im gesetzlichen Güter-
stand der Zugewinnngemeinschaft, BB 1957, 564 ff
- Reinicke, Dietrich
- Verwaltungsbeschränkungen im Güterstand der Zuge-
winngemeinschaft und Gesellschaftsrecht, BB 1960,
1002 ff
- Reinicke, G. u. D.
- Die Bedeutung des Wortlauts bei der Auslegung von
Gesetzen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts-
hofes, NJW 1952, 1033 ff
- Reinicke, G. u. D.
- Anmerkung zu einer Entscheidung DNotZ 1957, 506
- Reithmann, Christoph
- Schutz des Rechtsverkehrs bei Geschäften mit ver-
heirateten Personen, DNotZ 1961, 3 ff
- Riedel, Erwin
- Zur Problematik des § 1365 BGB, MDR 1962, 4 ff
- Rittner, Fritz
- Handelsrecht und Zugewinnngemeinschaft (I): Die Be-
deutung des § 1365 BGB im Handelsrecht, FamRZ 1961,
- Runze, Friedrich Wilhelm
- Schwedisches Ehegüterrecht, Dissertation, Marburg
1934
- Scheffler, Erna
- Ehe und Familie, Beitrag in "Die Grundrechte",
herausgegeben von Bettermann, Nipperdey, Scheuner,
Bd. IV, 1. Halbband, Seite 245 ff, Berlin 1960

- Scherer, Emil Die Rechtslage bei Eintritt des gesetzlichen Güterstandes zwischen dem Verpflichtungsgeschäft über das Vermögen im ganzen und seiner Erfüllung (insbesondere zu Fällen zwischenzeitlicher Eheschließung), FamRZ 1962, 413 ff
- Schermesser, Wilhelm Der Anspruch der Frau auf einen Vermögensausgleich bei der Scheidung, Dissertation ca. 1940
- Schippel, Helmut Rechtsprechung, Literatur zu § 1365 BGB n.F., DNotZ 1961, 24 ff
- Schlegelberger, Geßler u. a., Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Band, 4. Aufl., bearbeitet von Geßler, Hefermehl u. a. m., Berlin und Frankfurt 1963
- Schlegelberger, Seth u. a., Das Zivilrecht der nordischen Länder, Teil I, Lieferung 4a, Berlin 1939
- Schneider-Zartmann-Martin Familienunternehmen und Unternehmertestament, bearbeitet von Schneider und Martin, 4. Auflage Heidelberg 1963
- Schulin, Paul Das Gleichberechtigungsgesetz und der Prozeßrichter, DRiZ 1959, 76 ff
- Schulz-Kersting, Willibald Die Auswirkungen des Gleichberechtigungsgesetzes auf den Grundbuchverkehr, JR 1959, 81 ff und 134 ff
- Schulz-Kersting, Willibald Anmerkung zu einer Entscheidung, FamRZ 1959, 67 f
- Sichtermann Verfügungen über das Vermögen im ganzen nach § 1365 BGB, DB 1959, 163 f
- Siebert, Wolfgang Die Methode der Gesetzesauslegung, Heidelberg 1958
- Siebert, Wolfgang Faktische Vertragsverhältnisse, Abwandlungen des Vertragsrechts in den Bereichen der Daseinsvorsorge, des Gesellschaftsrechts und des Arbeitsrechts, Karlsruhe 1958
- Simitis, Spiros Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts, Frankfurt 1957
- Soergel-Siebert Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I (§§ 1-432), bearbeitet von Siebert, Schmidt, 9. Aufl., Stuttgart 1959

- Soergel-Siebert Band II, bearbeitet von Ballerstedt, Erdsiek-Mühl
u. a. m., 9. Aufl., Stuttgart 1962
- Band IV, Familienrecht, bearbeitet von Lange, Vogel
u. a. m., 9. Aufl., Stuttgart 1963
- Staub Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band I, bear-
beitet von Koenige, Pinner, Bondi, 12. und 13. Aufl.,
Berlin und Leipzig 1926
- Staudenmaier, Herbert Testamentsvollstrecker und § 1365 BGB, RtspfI. 1960,
385 f
- Staudinger, Julius von Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
- Band I, Allgemeiner Teil, bearbeitet von Brändl
und Coing, 11. Aufl., Berlin 1957
- Band II 1 b, Recht der Schuldverhältnisse (§ 242 BGB),
bearbeitet von Weber, 11. Aufl., Berlin 1961
- Band II 1. Teil, Recht der Schuldverhältnisse
(§§ 241-432), bearbeitet von Werner, 9. Aufl.,
München, Berlin, Leipzig 1930
- Band II 4, Teil Lieferung 1, Recht der Schuldverhält-
nisse, bearbeitet von E. Keßler, 11. Aufl., Berlin
1958
- Band III, Sachenrecht, bearbeitet von Berg, Ring,
Seufert, 11. Aufl., Berlin 1956
- Band III, Sachenrecht, bearbeitet von Kober,
9. Aufl., München, Berlin, Leipzig 1926
- Band IV, Familienrecht, 1. Teil, bearbeitet von
Engelmann, Keidel, 9. Aufl., München, Berlin,
Leipzig 1926
- Band V, Erbrecht, 1. Teil, bearbeitet von Boehmer,
Lehmann, Seybold, 11. Aufl., Berlin 1954
2. Teil bearbeitet von Dittmann, Ferid u. a. m.,
10. und 11. Aufl., Berlin 1960
- Tiedau, Erwin Zum neuen ehelichen Güterrecht, insbesondere zu
den Beschränkungen des § 1365 BGB n. F., MDR 1959
79 ff

- Tiedau, Erwin Gesellschaftsvertrag und neues eheliches Güterrecht unter besonderer Berücksichtigung gesellschaftsrechtlicher Abfindungsklauseln, MDR 1959, 253 ff
- Tiedau, Erwin Zur Problematik des § 1365 BGB unter besonderer Berücksichtigung des Gesellschaftsrechts, MDR 1961, 721 ff
- Tiedau, Erwin Gesellschaftsrechtliche und erbrechtliche Probleme der Zugewinnngemeinschaft, DtNotZ 1961
Anhang "Deutscher Notartag", 97 ff
- Tuhr, Andreas von Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts,
1. Band, Leipzig 1910
2. Band, 1. Hälfte, München und Leipzig 1914
- Verhandlungen des 33. Deutschen Juristentages, Heidelberg 1924, Berlin und Leipzig 1925
- Verhandlungen des 36. Deutschen Juristentages, Lübeck 1932, Berlin und Leipzig 1932
- Verhandlungen des 38. Deutschen Juristentages, Frankfurt 1950
- Wallin, Gunvor Om Avtal Mellan Makar, Lund 1958
- Weber, Oskar Besprechung: Soergel-Siebert, Kommentar zum BGB, DNotZ 1961, 332 ff
- Weimar, Robert Zur Anwendbarkeit des § 1365 Abs.1 BGB auf den Teilungsversteigerungsantrag, NJW 1959, 1478 f
- Weimar, Wilhelm Anmerkung zu einer Entscheidung, NJW 1960, 2002
- Westermann, Harry Lehrbuch des Sachenrechts, 4. Aufl., Karlsruhe 1960
- Wieland, Karl Handelsrecht, Band 1, München und Leipzig 1921
- Wöbelauer, Herbert Zum Begriff der Verfügung über das Vermögen im ganzen, NJW 1960, 793 ff
- Ziege, Hans Joachim Zur Auslegung des § 1369 n.F. BGB, NJW 1957, 1579 und NJW 1958, 131 f
- Zunft Zur Auslegung des neuen § 1369 BGB, NJW 1958, 130 f

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a, A,	= anderer Ansicht
aaO,	= an angegebenem Ort
AcP	= Archiv für die civilistische Praxis
aE,	= am Ende
a, F,	= alter Fassung
AktG	= Aktiengesetz
AG	= Aktiengesellschaft
BayObLG	= Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	= Der Betriebsberater
Bd,	= Band
BFH	= Bundesfinanzhof
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGB-RGRK	= Reichsgerichtsrätekommmentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
BGH	= Bundesgerichtshof, auch Entscheidungen in Zivilsachen
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht, auch Entscheidungen
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht, auch Entscheidungen
DB	= Der Betrieb
Diss,	= Dissertation
DJZ	= Deutsche Juristenzeitung
DNotZ	= Deutsche Notarzeitung
DR	= Deutsches Recht
DRiZ	= Deutsche Richterzeitung
FamRZ	= Ehe und Familie in privatem und öffentlichem Recht
GenG	= Genossenschaftsgesetz
GG	= Grundgesetz
GmbH	= Gesellschaft mit beschränkter Haftung (-Rundschau)

GmbHG	= Gesetz, betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
HGB	= Handelsgesetzbuch
HGB-RGRK	= Reichsgerichtsrätekomentar zum Handelsgesetzbuch
h. M.	= herrschende Meinung
HRR	= Höchststrichterliche Rechtsprechung
Jg.	= Jahrgang
JR	= Juristische Rundschau
JW	= Juristische Wochenschrift
JZ	= Juristenzeitung
KG	= Kommanditgesellschaft (gegebenenfalls "Kammergericht")
KGJ	= Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts
KO	= Konkursordnung
LG	= Landgericht
LitUrHG	= Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst
LM	= Das Nachschlagwerk des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring
LZ	= Leipziger Zeitschrift
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
n. F.	= neue Fassung
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
OHG	= Offene Handelsgesellschaft
OLG	= Oberlandesgericht, auch Sammlung der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte
RdL	= Recht der Landwirtschaft
Recht	= Das Recht
RG	= Reichsgericht, auch Entscheidungssammlung in Zivilsachen (RGZ)

ROHG	= Reichsoberhandelsgericht, auch Entscheidungssammlung
Rtspfl.	= Der Deutsche Rechtspfleger
S.	= Seite
WG	= Wechselgesetz
ZBlFG	= Zentralblatt für die Freiwillige Gerichtsbarkeit, Notariat und Zwangsverweigerung
ZGB	= Zivilgesetzbuch (Schweiz)

§ 1

EINLEITUNG UND PROBLEMSTELLUNG

Durch das Gleichberechtigungsgesetz vom 18. Juni 1957 ist der gesetzliche Güterstand der Ehegatten neu geregelt worden. Der jetzt gültige Güterstand, der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft (§ 1363 BGB), besteht in einer Gutertrennung mit Zugewinnausgleich. Jeder Ehegatte ist grundsätzlich in der Verwaltung seines Vermögens frei (§ 1364 BGB). Lediglich für Rechtsgeschäfte über das "Vermögen im ganzen" und über den Hausrat sind durch die §§ 1365 ff n.F. BGB Beschränkungen vorgesehen. § 1365 Abs. 1 BGB lautet:

Ein Ehegatte kann sich nur mit Einwilligung des anderen Ehegatten verpflichten, über sein Vermögen im ganzen zu verfügen. Hat er sich ohne Zustimmung des anderen Ehegatten verpflichtet, so kann er die Verpflichtung nur erfüllen, wenn der andere Ehegatte einwilligt.

Die Bestimmung wird für einseitige Rechtsgeschäfte durch § 1367 BGB ergänzt.

Die in § 1365 BGB enthaltene Verwaltungsbeschränkung der Ehegatten hat im Grundbuch- sowie im Gesellschaftsrecht zu Schwierigkeiten geführt. Während sich in der Rechtsprechung zu den Problemen des Grundbuchrechts bereits eine einheitliche Linie abzuzeichnen beginnt, sind zu den gesellschaftsrechtlichen Fragen noch nur wenige Entscheidungen zu Einzelproblemen ergangen. Zwar liegen auch zu den gesellschaftsrechtlichen Fragen schon eine Reihe von Aufsätzen vor; es hat sich aber bis jetzt noch bei keinem der wesentlichen Probleme eine Meinung durchgesetzt.

Soweit sich die praktischen Auswirkungen der Verwaltungsbeschränkungen bis jetzt überblicken lassen, scheint sich die Vorschrift des § 1365 BGB nicht so ungünstig ausgewirkt zu haben ¹⁾, wie vielfach befürchtet und angenommen worden war. ²⁾ Auch die Empfehlungen an die Unternehmer, den gesetzlichen Güterstand auszuschießen ³⁾, scheinen nicht in dem erwarteten Umfang befolgt worden zu sein. Das liegt wohl einmal daran, daß § 1365 BGB meistens nur in Ehen zu Konflikten führen wird, in denen ohnehin Schwierigkeiten bestehen. ⁴⁾ Zum anderen werden sicher häufig die Gefahren der Zugewinnngemeinschaft, die sich nicht nur aus den Verwaltungsbeschränkungen, sondern auch aus dem Zugewinnausgleichsanspruch ergeben können ⁵⁾, von Unternehmern wegen der erheblichen erbschaftssteuerlichen

1) Buchwald-Tiefenbacher S. 215

2) Wöbelauer NJW 1960, 793; Boesebeck DB 1958, 1147; Tiedau MDR 1959, 79; Bärmann JZ 1958, 229

3) Tiedau MDR 1959, 258; Wöbelauer NJW 1960, 798

4) Buchwald-Tiefenbacher S. 215

5) Bärmann JZ 1958, 229; Boesebeck DB 1958, 1147; Tiedau DNotZ 1961, Anhang S. 115 ff

Vorteile, die der gesetzliche Güterstand bietet ¹⁾, in Kauf genommen.

Die wirtschaftlichen Gegebenheiten scheinen den Ruf nach einer grundsätzlich engen Auslegung des § 1365 BGB ²⁾ nicht zu rechtfertigen. Bei einer großzügigen, aber dennoch streng am Gesetz ausgerichteten Interpretation werden in der Praxis - zumindest auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts - nur wenige Fälle von der Bestimmung erfaßt werden. Nur selten wird nämlich ein Geschäftsmann oder ein Gesellschafter sein ganzes oder wesentliches Vermögen einsetzen, um eine gesellschaftsrechtliche Transaktion vorzunehmen. In den wenigen Fällen aber, in denen das Vermögen unmittelbar von dem Geschäftsvorgang betroffen wird, läßt sich ein erhöhtes Risiko nicht leugnen.

Im Gesellschaftsrecht werfen die Verwaltungsbeschränkungen der §§ 1365 ff BGB eine Reihe von Problemen auf. So ist zweifelhaft, ob ein Ehegatte der Zustimmung des anderen Ehegatten bedarf, wenn er das ganze Vermögen auf Grund eines oder mehrerer Verträge in eine oder mehrere Personal- oder Kapitalgesellschaften einbringt;

eine Abfindungsklausel vereinbart;

den Gesellschaftsvertrag mit den anderen Gesellschaftern abändert;

das Gesellschaftsverhältnis kündigt;

seinen Gesellschaftsanteil oder alle Aktien veräußert oder überträgt.

Für den Gesellschafterehegatten ist ferner bedeutsam, in welchem Zeitpunkt die Einwilligung seines Ehegatten vorliegen muß und inwieweit die Verwaltungsbeschränkung von der Änderung des Güter- oder des Personenstandes beeinflußt wird. Auch ist für ihn wichtig, wie sich ein Verstoß gegen § 1365 BGB auf ein bestehendes Gesellschaftsverhältnis auswirkt und ob er den § 1365 BGB unter Beibehaltung des gesetzlichen Güterstandes ausschalten kann.

Die Schwierigkeiten ergeben sich insoweit insbesondere aus der Interpretation des Verfügungs- und des Vermögensbegriffes sowie aus der Frage, welche Bedeutung dem Begriff der Verpflichtung im Rahmen des § 1365 BGB zukommt. Problematisch ist ferner, ob der Norm ungeschriebene subjektive Tatbestandsmerkmale zuzurechnen sind.

Eine Erörterung all dieser Probleme ist nur möglich, wenn feststeht, nach welchen Gesichtspunkten § 1365 BGB auszulegen ist. Eine Darlegung der anzuwendenden Auslegungsmethode sowie eine ausführliche Darstellung der im einzelnen in Frage kommenden Auslegungselemente empfiehlt sich, weil insoweit trotz der vielen Abhandlungen und Entscheidungen kaum Klarheit herrscht. Zu der grundsätzlichen

1) § 6 Abs. 1 und 2 Erbschaftssteuergesetz

2) Rittner, FamRZ 1961, 1 ff; Boehmer, Die Teilreform, S. 17 f; Tiedau MDR 1961, 721 ff; derselbe DNotZ 1961 Anhang S. 97 ff; Gernhuber JZ 1963, 517

Frage, nach welchem Plan bei der Interpretation vorzugehen ist, nimmt im Zusammenhang mit § 1365 BGB - soweit ersichtlich - nur Rittner ausführlich Stellung¹⁾. Er weist mit Recht darauf hin, daß die mangelnde Beschäftigung mit den anzuwendenden Auslegungsmethoden zu der Unsicherheit bei der Interpretation des § 1365 BGB geführt hat. ²⁾ Bei der Deutung des § 1365 BGB wird vielfach nur von einem der möglichen Auslegungselemente ausgegangen; die anderen Elemente werden negiert oder doch zumindest vernachlässigt. Rittner ³⁾ erklärt Inhalt und Tragweite der Bestimmung nahezu ausschließlich aus deren Wortlaut und Fassung. Reinicke ⁴⁾ beruft sich in Zweifelsfragen auf den Willen des Gesetzgebers, den er den Materialien des Gleichberechtigungsgesetzes entnimmt ⁵⁾. Eppig ⁶⁾, Tiedau ⁷⁾ und Boehmer ⁸⁾ sehen die Bestimmung weitgehend in ihrem Zusammenhang mit den Vorschriften, die den Rechtsverkehr schützen. Sie bekennen sich z. T. zu einer einseitigen Berücksichtigung der Verkehrsinteressen. Glum ⁹⁾ und Muelke ¹⁰⁾ greifen bei der Auslegung primär auf Sinn und Zweck des § 1365 BGB zurück. Schließlich wird sich vielfach damit begnügt, auf ähnliche Bestimmungen und die dazu ergangene Rechtsprechung und Lehre zu verweisen, um die Richtigkeit einer bestimmten Auslegung darzutun ¹¹⁾. In vielen Stellungnahmen werden zwar mehrere Auslegungselemente verwertet; eine umfassende Würdigung aller in Frage kommenden Gesichtspunkte findet sich jedoch nur selten.

1) FamRZ 1961, 2 ff

2) aaO. S. 4

3) aaO. S. 10 f

4) BB 1960, 1002 ff und BB 1957, 564 ff

5) Ebenso Merdsche, NJW 1958, 1730; Wörbelauer für die Ermittlung des Gesetzeszweckes NJW 1960, 797

6) Diss. S. 69

7) MDR 1959, 81; MDR 1959, 253 ff und DNotZ 1961 Anhang S. 721 ff

8) FamRZ 1959, 4 und 84 sowie Die Teilreform S. 17 (jedoch mit Einschränkungen - S. 18)

9) Diss. z. B. Seiten 22, 43 ff und 111

10) AcP 161, 130

11) So beruft sich der Bundesgerichtshof, FamRZ 1961, 304 f auf § 419 BGB, um den Begriff "Vermögen im ganzen" auszulegen; ihm folgen Riedel in MDR 1962, 4 und Sichtermann DB 1959, 163. Koeniger DRiZ 1959, 372, verweist auf § 311 BGB, an Hand dessen § 1365 BGB ausgelegt werden solle, ohne jedoch eine nähere Begründung zu geben. An anderer Stelle, S. 372 f, bezieht er sich auf die Rechtsprechung zu § 419 BGB. Wörbelauer, NJW 1960, 794 greift bei der Auslegung des § 1365 BGB weitgehend auf § 1444 a. F. BGB zurück.

1. T E I L
DIE ZUR AUSLEGUNG DES § 1365 ABS. 1 BGB
HERANZUZIEHENDEN ELEMENTE UND IHRE
BEDEUTUNG

§ 2
ALLGEMEINE AUSLEGUNGSGRUNDSÄTZE

In der Einleitung ist bei der Aufzählung der unterschiedlichen Auslegungspraktiken angedeutet worden, daß grundsätzlich fünf Elemente zur Interpretation des § 1365 BGB herangezogen werden:

1. Der objektive Sinn des Wortlauts;
2. Die subjektive Absicht des Gesetzgebers bei der Kodifizierung des Gesetzes (Motive und Materialien);
3. die systematische Stellung der Norm im Zusammenhang mit anderen Vorschriften und die damit gegebene Notwendigkeit, Widersprüche auszuschließen;
4. Sinn und Zweck des Gesetzes;
5. der Vergleich der Norm mit ähnlichen Vorschriften.

Diese fünf Elemente sind die für die allgemeine Hermeneutik und auch die juristische Auslegungsmethode entscheidenden Gesichtspunkte¹⁾. Umstritten ist, welches Gewicht den einzelnen Elementen beizumessen ist, wenn - wie im Falle des § 1365 BGB - mehrere davon konkret für die Interpretation in Frage kommen. Rittner²⁾ will der Entscheidung zwischen den einzelnen Auslegungselementen und besonders dem Abwägen von Prinzipien keinen Raum geben, solange die Erkenntnis des "Rechtssatzes seinem geistigen Gehalt nach, und zwar des ganzen Rechtssatzes mit allen seinen Einzelheiten" zu einem "(klaren)Ergebnis" führt. Die Entscheidung, die bei Berücksichtigung aller Auslegungselemente erforderlich wird, soll nach Rittner erst nach dem Erkenntnisvorgang zu Wort kommen; erst dann, "wenn die Auslegung zweifelhaft ist, wenn auch andere widersprechende Normen in Frage kommen, wenn die Norm erst konkretisiert werden muß (z. B. die §§ 138, 826 BGB), wenn eine Lücke vorliegt" ³⁾.

Dieser Ansicht Rittners kann nicht gefolgt werden, weil sie die Gefahr in sich birgt, daß das Recht durch eine rein formale und positivistische Auslegung der gesellschaftlichen Wirklichkeit entfremdet wird. Auf diese Gefahr einer einseitigen Wortinterpretation weist - für den Bereich des Wirtschaftsrechts - besonders Kronstein

1) Coing, Die juristischen Auslegungsmethoden, insbesondere S. 18 bis 21

2) FamRZ 1961, 4

3) aaO. S. 4 f, Anm. 63

nin 1). Er führt an Hand von Beispielen aus, auch die amerikanische Rechtspraxis sei in Gefahr geraten, das materielle Recht "ausschließlich aus seiner eigenen Formulierung auszulegen" 2). Die Auslegung, die der Section 7 des Clayton Act widerfahren sei, zeige, zu welch wirklichkeitsfremden, ja ungerecht erscheinenden Ergebnissen die Überbewertung des Wortlauts führen und wie ein eindeutiges Gesetzesziel durch Wortauslegung zunichte gemacht werden könne 3) 4). Die Wortauslegung bedarf nach Kronstein der Korrektur durch eine zweck- und wertgebundene Interpretation 5). Die Auslegung der Rechtssätze und Rechtsbegriffe muß aus ihrem "wirklichen Zusammenhang" heraus erfolgen 6). Kronstein verkennt dabei nicht, daß neben Wortlaut, Zielsetzung und Stellung der Norm in der Wertordnung auch historische und rechtsvergleichende Elemente zur Auslegung heranzuziehen sind 7). Auch Coing 8) betont, daß allen fünf oben aufgezeigten Auslegungsgesichtspunkten nur ein relativer Wert zukomme, also auch der objektiven Bedeutung des Wortlauts. Kein Auslegungsgesichtspunkt könne ein Monopol beanspruchen. Juristische Interpretation sei als angewandte immer teleologisch 9). Juristische Sätze müßten aus-

1) Rechtsauslegung im wertgebundenen Recht, Ausgewählte Schriften, S. 69 ff

2) aaO. S. 70 f, 74 f

3) aaO. S. 70 f

4) In diesem Sinne müssen wohl auch die Ausführungen von Kronstein "Recht und wirtschaftliche Machtentfaltung" (BB 1960, 221 ff) (Ausgewählte Schriften, S. 93 ff) verstanden werden, wo dargelegt wird (Ausgewählte Schriften, S. 103), die Gerichte dürften sich nicht durch Streitwertbestimmung oder deren wörtliche Auslegung davon abhalten lassen, tatsächlich ihre Funktion als Schutzherrn der materiellen Rechtsordnung auszuüben.

5) Rechtsauslegung im wertgebundenen Recht, Ausgewählte Schriften S. 86 und 89: dort heißt es im wesentlichen, die Idee der Funktion der Rechtsinstitute setze voraus: 1. Teleologisches Denken; 2. Einordnen der Rechtsinstitute und Rechtssätze in eine Ordnung; 3. Eine Hierarchie der Werte, denen Rechtssätze und -institutionen dienen.

Diese Thesen sind nur aus der Abwehrstellung gegenüber einem überstarken Gesetzespositivismus verständlich. Kronstein distanziert sich nämlich ausdrücklich von einer gesetzesfreien Interpretation des Rechts. Das erfolgt einmal aaO. S. 87, zum anderen folgt es aus den Darlegungen in "Neue Deutsche wirtschaftsrechtliche Entscheidungen im Lichte des Amerikanischen Antitrustrechts", Ausgewählte Schriften S. 231 ff, S. 243 unter 2.

6) Ausgewählte Schriften S. 87

7) aaO. S. 90 f

8) Die juristischen Auslegungsmethoden S. 22

9) So auch Bachof JZ 1963, 697

gelegt werden im Hinblick auf die praktische ethische Aufgabe; sie könnten nicht völlig unter Außerachtlassung dieser Aufgabe ausgelegt werden ¹⁾. Das Verfahren der Rechtswissenschaft als interpretierender Wissenschaft sei topisch, das heiße, sie müsse eine Reihe von Auslegungsgesichtspunkten gegeneinander abwägen ²⁾. Der Ansicht Coings und Kronsteins wird in den weiteren Ausführungen gefolgt, da sie allein geeignet zu sein scheint, der "Vorbereitung gerechter Entscheidungen zu dienen" ³⁾. Sie wird heute überwiegend in Rechtsprechung und Lehre geteilt ⁴⁾.

1) aaO. S. 24

2) aaO S. 23 f

3) Coing, Die juristischen Auslegungsmethoden, S. 48

4) So fordert das Bundesverfassungsgericht das Abwägen verschiedener Elemente. In dem Leitsatz der Entscheidung in BVerfGE Bd. 1, 299 ff, wird ausgeführt (S. 299), bei der Gesetzesauslegung sei der im Gesetz zum Ausdruck kommende objektivier- te Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestim- mung und dem Sinnzusammenhang ergebe, in den diese hineingestellt sei, ent- scheidend.

Nach der in BVerfGE Bd. 8, 274 ff, 307 wiedergegebenen Entscheidung sind zur Auslegung einer Gesetzesnorm der Sinnzusammenhang der Bestimmung mit ande- ren Vorschriften und das Ziel, das die gesetzliche Regelung insgesamt verfolgt, zu berücksichtigen.

Der Bundesgerichtshof betont in seinem Urteil vom 24. Juni 1955 - I ZR 88/54 - (BGHZ Bd. 18, 44 ff, 49), daß unter bestimmten Voraussetzungen trotz sprachlich eindeutigen Wortlauts eine Auslegung nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes Platz zu greifen habe.

ber die nicht einheitlichen Auslegungsmethoden des Reichsgerichts und des Bun- desgerichtshofes findet sich eine Übersicht bei Siebert, Die Methode der Gesetzes- auslegung, S. 11 f, Reinicke NJW 1952, 1033; Siebert - aaO. S. 13 - geht weit- gehend von den gleichen Auslegungsgrundsätzen aus wie Coing. Auch Engisch - Einführung in das juristische Denken, S. 83 - spricht von dem relativen Recht, das den Auslegungsmethoden zukomme.

Nipperdey - NJW 1962, 321 f - weist darauf hin, ein eindeutiger Wortlaut könne nur ein Indiz dafür sein, daß der Gesetzgeber seine Vorstellungen richtig ausge- drückt habe. Auch der scheinbar eindeutige Wortlaut sei auf seinen konkreten Sinngehalt zu untersuchen, sei nur Ausdrucksmittel, neben dem alle systemati- schen und historischen Momente zu berücksichtigen seien. In Enneccerus, Allge- meiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Seite 331 - § 56 I -, hebt Nipperdey zwar hervor, die Auslegung gehe naturgemäß von dem Wortlaut des Gesetzes, der un- ter Beachtung der Regeln der Grammatik und namentlich des Sprachgebrauchs klarzustellen sei, aus. Auf Seite 333 - § 56 I 4 - wird aber ausgeführt, es könne gegen die Neigung mancher Ausleger, allzuviel Gewicht auf Redeweise, Satzbau

Für die Frage, wie § 1365 Abs.1 BGB auszulegen ist, ist mithin entscheidend, wie stark bei der Norm die einzelnen Auslegungselemente in Erscheinung treten und welches Gewicht ihnen zukommt.

§ 3

DER WORTLAUT

Bei der Interpretation des § 1365 BGB ist grundsätzlich von dem Wortlaut auszugehen ¹⁾. Der "im Gesetz zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers" ²⁾ ist für die Tragweite der Norm entscheidend. Dieser objektivierte Wille kann primär aus dem Wortlaut ermittelt werden. ²⁾ Deshalb bedarf es einer genauen Untersuchung der Möglichkeiten, die der Wortlaut des § 1365 Abs.1 BGB für dessen Auslegung bietet ³⁾.

1. Die dominierende Stellung des Verfügungsbegriffes

Die Fassung des § 1365 Abs.1 BGB weist in seiner Gesamtheit darauf hin, daß das Schwergewicht der Verwaltungsbeschränkung auf den Verfügungsgeschäften liegt ⁴⁾.

Diese Tatsache ist besonders bedeutsam für die Entscheidung des Problems der "isolierten Verfügung" ⁵⁾, der "sukzessiven Verfügungen" ⁶⁾, der "isolierten Verpflichtungen" ⁷⁾ und der Frage, in welchem Zeitpunkt die Einwilligung vorliegen muß.

Fortsetzung der Fußnote 4 von Seite 30:

- 4) und Sprachgebrauch zu legen, nicht genug betont werden, daß in ihnen doch nur eines der verschiedenen Elemente der Auslegung gegeben sei, das stets entkräftet werden könne, wenn überwiegende andere sachliche Gründe vorlägen.
- 1) Bachof, JZ 1963, 698 ff, setzt sich in diesem Zusammenhang kritisch mit der Rechtsprechung des BFH auseinander. Nipperdey a. a. O. S. 331; Staudinger Bd. I Anm. 57 Einl. vor § 1; BGB-RGRK Bd. I Einl. 17 vor § 1 BGB; Jesch, JZ 1963, 244; vgl. auch Rahn JZ 1963, 695 ff
- 2) BVerfGE Bd. 1, 299
- 3) Zu der Bedeutung des Wortlauts äußern sich in dem obigen Sinne auch der Bundesgerichtshof - BGHZ Bd. 18, 44 ff, 48 f; Enneccerus-Nipperdey aaO S. 333
- 4) Lauhoff Diss. S. 27 ff; a. A. ist Mülke - AcP 161, 134 -, nach dem das Schwergewicht der Norm auf dem Verpflichtungsgeschäft ruht.
- 5) Eine Verfügung, der keine auf sie bezügliche Verpflichtung vorausgeht; z. B. Kündigung.
- 6) Mehrere Verfügungen auf Grund verschiedener Verpflichtungsgeschäfte.
- 7) Eine Verpflichtung, die als solche das Vermögen gefährdet; z. B. Bürgschaft

Zwar scheint auf den ersten Blick das Verpflichtungsgeschäft zu dominieren, denn die Norm beginnt in Satz 1 mit der Charakterisierung eines Verpflichtungsgeschäfts und in Satz 2 wird von der Erfüllung einer Verpflichtung gesprochen. Bei näherer Untersuchung des Wortlauts stellt sich aber heraus, daß die Bestimmung auf die Verfügungen des Ehegatten abstellt. Die Verpflichtungsmöglichkeiten der Ehegatten sind nämlich nach § 1365 Abs. 1 BGB nur insoweit beschränkt, als sie sich auf die "Verfügung über das Vermögen" beziehen. Die Verfügung bestimmt somit die Tragweite des § 1365 Abs. 1 Satz 1 BGB. Auch der Anwendungsbereich des Satzes 2 ist durch die Verfügung und nicht durch die Verpflichtung begrenzt. Nach Satz 2 können die ohne Zustimmung eingegangenen Verpflichtungen i. S. des Satzes 1 nämlich nur erfüllt werden, wenn der andere Ehegatte in die Erfüllung einwilligt. Die Tragweite des Satzes 2 ist mithin von dem Inhalt des Satzes 1 und damit von der Verfügung abhängig. Die "Erfüllung" des Satzes 2 ist mit der "Verfügung" des Satzes 1 identisch. Die für Satz 2 maßgebliche Verpflichtung muß sich nämlich gemäß Satz 1 des § 1365 BGB auf eine Verfügung beziehen; sie kann deshalb nur "erfüllt" werden, indem die versprochene Verfügung vorgenommen wird. Dem Begriff der "Erfüllung" kommt daher keine selbständige Bedeutung zu ¹⁾.

Die ausschlaggebende Stellung des Verfügungsbegriffes in § 1365 Abs. 1 BGB folgt auch aus dem Wortlaut der die Norm ergänzenden Vorschriften. Die verbotswidrig vorgenommene Verpflichtung kann durch eine wirksame Verfügung geheilt werden (§ 1365 Abs. 1 Satz 2 BGB) ²⁾. Hingegen führt die Verletzung des Verfügungsverbotens zur absoluten Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts und zu der Klage aus § 1368 BGB.

Bei dem einseitigen Hervorheben des Verfügungsbegriffes durch § 1365 Abs. 1 BGB fragt sich, warum das Verpflichtungsgeschäft überhaupt in § 1365 Abs. 1 BGB erwähnt wird. Bei näherer Betrachtung ergibt sich, daß die Vinkulierung des Verpflichtungsgeschäftes im Interesse eines wirksamen Schutzes vor nicht einverständlich vorgenommenen Verfügungen notwendig ist. Wären nämlich nur die Verfügungen unwirksam, nicht aber auch die Verpflichtungen, so könnte der Ehegatte wegen Nichterfüllung des Verpflichtungsgeschäftes ersatzpflichtig gemacht werden. Das Vermögen würde alsdann trotz der Verfügungsbeschränkung gefährdet.

1) A. A. ist Schulz-Keresting JR 1959, 134 ff, 136 f -, der den Verfügungsbegriff in § 1365 Abs. 1 Satz 1 BGB durch den weitergehenden Erfüllungsbegriff ersetzen will und so z. B. auch die Bürgschaft unter § 1365 BGB fallen läßt.

2) Eine Ausnahme gilt gemäß § 1367 BGB für einseitige Verpflichtungen wie die Auslobung und Stiftung; Erman, Anm. 6 zu § 1365 BGB

2. Der Verfügungsbegriff

Der Begriff der "Verfügung" ist in § 1365 Abs.1 BGB denen der "Verpflichtung" und der "Erfüllung" sowie in § 1364 BGB dem der "Verwaltung" gegenübergestellt. Das ist als Indiz dafür zu werten, daß der Begriff in der von Rechtsprechung und Lehre für das Zivilrecht herausgearbeiteten Bedeutung verwandt ist ¹⁾. Danach sind Verfügungen "solche Rechtsgeschäfte, durch die ein subjektives Recht unmittelbar aufgehoben, übertragen, belastet oder seinem Inhalt nach geändert wird", ²⁾ Die Verfügung setzt mithin voraus, daß die Einwirkung auf das subjektive Recht durch ein Rechtsgeschäft erfolgt. Rein tatsächliche Handlungen (z. B. Verarbeitung, Vermischung, Umbau oder Abbruch eines Hauses), die auf ein Recht einwirken, ohne daß ein besonderer rechtsgeschäftlicher Wille mitwirkt, sind keine Verfügungen, ³⁾ ⁴⁾ Ferner muß die Einwirkung unmittelbar sein, d. h., das betroffene Recht muß unmittelbar in seinem Inhalt geändert werden. Verpflichtungsgeschäfte, die mittelbar Auswirkungen auf Rechte haben können, kommen deshalb nicht in Betracht. Schließlich ist erforderlich, daß auf ein einzelnes Recht eingewirkt wird. Demnach sind Verfügungen über eine Rechtsgesamtheit - wie sie das Vermögen darstellt - nicht denkbar und zulässig. In § 1365 Abs.1 BGB wird der Verfügungsbegriff aber - entgegen seiner rechtstechnischen Bedeutung - in Verbindung mit dem Vermögen gebraucht. Das Gesetz scheint mithin in diesem Punkt unpräzise gefaßt zu sein.

Hervorzuheben ist, daß für einseitige Verfügungen nicht § 1365 BGB, sondern § 1367 BGB heranzuziehen ist. § 1367 BGB wird häufig übersehen ⁵⁾. Er ist wie § 1365 BGB (bei zweiseitigen Rechtsgeschäften) zu interpretieren. Die Norm ist nur in Verbindung mit § 1365 BGB (oder § 1369 BGB) verständlich. Das ergibt sich aus ihrer Fassung:

Ein einseitiges Rechtsgeschäft, das ohne die erforderliche Einwilligung vorgenommen wird, ist unwirksam.

Die Frage, ob eine Einwilligung "erforderlich" ist, richtet sich mangels einer besonderen Bestimmung in § 1367 BGB nach § 1365 BGB (oder § 1369 BGB). Es tritt lediglich an die Stelle des zweiseitigen Rechtsgeschäfts ein einseitiges. Deshalb kann § 1367 BGB zum Zuge kommen, wenn sich ein Ehegatte durch ein einseitiges

1) Im Zivilrecht ist der Verfügungsbegriff nicht gesetzlich definiert.

2) Staudinger Bd. I Einl. 63 vor § 104 BGB mit weiteren Literaturhinweisen; Planck-Unzner Bd. I Seite 233

3) Mülke AcP 161, 129 ff, 131; 133; Bärmann JZ 1959, 225 f; Schulz-Kersting JR 1959, 134 ff 136

4) Umstritten ist, ob Besitzübertragung und Besitzaufgabe als Verfügungen anzusehen sind; die wohl h. M. bejaht den Verfügungscharakter: Staudinger Bd. I Einl. 63 vor § 104 BGB. Enneccerus-Nipperdey aaO. S. 882, Anm. 8 verneint die Frage.

5) U. a. Fischer NJW 1960, 943; Beitzke DB 1961, 24

Rechtsgeschäft (z.B. Auslobung, Stiftung) verpflichtet, eine Verfügung vorzunehmen, oder wenn er eine Verpflichtung durch eine einseitige Verfügung erfüllen will¹⁾.

3. Die Charakterisierung des vinkulierten Rechtsgeschäfts als Verpflichtungsgeschäft

Fraglich ist, warum § 1365 Abs. 1 BGB mit der Charakterisierung eines Verpflichtungsgeschäftes und nicht - wie § 1369 BGB - mit der eines Verfügungsgeschäftes beginnt, neben dem das Verpflichtungsgeschäft ergänzend erwähnt wird. Insoweit sind grundsätzlich zwei Deutungen des Wortlauts möglich:

a) Theorie Rittners

Rittner²⁾ schließt aus der Tatsache, daß § 1365 Abs. 1 Satz 1 BGB die Charakterisierung des Verpflichtungsgeschäftes enthält, in § 1365 Abs. 1 BGB seien sowohl

1) OLG-Hamm Beschluß vom 18. 3. 1960 Rechtspfleger 1960, 224 ff, 226; OLG-Frankfurt a. M. Beschluß vom 7. 7. 1960 Rtsplf. 1960, 289 f, 290

Die beiden Gerichte weichen jedoch in ihren Erörterungen z. T. von den obigen Ausführungen ab. Das OLG-Hamm legt dar, § 1367 BGB erlasse die einseitigen Verfügungen, die zur Durchführung eines zweiseitigen Verpflichtungsgeschäfts i. S. des § 1365 BGB erforderlich seien, § 1367 BGB wolle nicht als selbständige Vorschrift alle einseitigen Rechtsgeschäfte der Einwilligung unterwerfen, sondern stelle vielmehr wie § 1366 BGB eine Ausführungsvorschrift für den Fall des § 1365 BGB dar. Die Ansicht des Gerichts, § 1367 BGB erlasse nur einseitige Verfügungen, die zur Erfüllung eines zweiseitigen Rechtsgeschäfts erforderlich seien, findet in dem Wortlaut der Vorschrift keine Stütze. Dort wird der terminus "Rechtsgeschäft" gebraucht, unter den auch Verpflichtungen fallen.

Das OLG-Frankfurt wertet den § 1367 BGB als eigenständige Norm, die die Eigentumsaufgabe an beweglichen und unbeweglichen Sachen, den Verzicht auf Grundpfandrechte, die Kündigung und die Antefungserklärung (alles einseitige Verfügungen) sowie die Auslobung und die Stiftung (beides einseitige Verpflichtungsgeschäfte), denen keine zweiseitigen Verpflichtungen zugrundelagen, erlasse. Da § 1367 BGB selbst nicht sage, wann ein einseitiges Rechtsgeschäft der Einwilligung bedürfe, beruft sich das OLG auf den Gesetzeszweck und lehnt sich an § 1366 BGB an. Das Gericht hat dabei übersehen, daß § 1367 BGB für die Einwilligungsbedürftigkeit auf § 1365 BGB (oder § 1369 BGB) verweist und somit eine Anlehnung an diese Bestimmung auf Grund der ratio nicht erforderlich ist.

2) FamRZ 1961, 10

Verpflichtungs- als auch Verfügungsgeschäft nicht gegenstands-, sondern inhaltsbezogen ¹⁾, Durch diese Interpretation des Wortlauts der Norm, auf den sich Rittner bei der Auslegung nahezu ausschließlich stützt, schränkt er den Anwendungsbereich der Vorschrift außerordentlich stark ein, auch in den gesellschaftsrechtlich interessanten Fällen ²⁾, Tiedau stimmt dieser Einschränkung voll zu ³⁾.

Rittner ⁴⁾ geht bei seiner Argumentation von der unterschiedlichen Fassung der §§ 1365 und 1369 BGB aus, § 1369 BGB spreche von einer Verfügung über Gegenstände und von einer Verpflichtung zu einer solchen Verfügung; beide Arten von Geschäften seien objektiv gegenstandsbezogen, Wäre § 1365 BGB ebenso gegenstandsbezogen gemeint, so müsse er etwa mit den Worten beginnen: "... über ihm gehörende Gegenstände, die sein Vermögen (im wesentlichen) darstellen, nur verfügen ...". Die Bestimmung fange aber mit der Charakterisierung eines Verpflichtungsgeschäftes an und behandle in Satz 2 die 'Erfüllung' einer Verpflichtung aus diesem Geschäft. Die gegenüber der so klaren Gegenstandsbezogenheit des § 1369 BGB recht umständliche Ausdrucksweise erkläre sich damit, daß das Vermögen kein Verfügungsgegenstand sei oder anders gesagt, daß ein Verfügungsgeschäft, das das Vermögen zum Gegenstand habe, nicht zugelassen sei. Diese Sätze, so richtig sie seien, bezögen sich nun, genauer betrachtet, nicht auf den objektiv gesehenen Gegenstand, sondern auf den Inhalt des fraglichen Geschäfts. (- Eine Begründung für diesen zwar möglichen, nicht aber zwingenden Schluß gibt Rittner nicht, -) Mit anderen Worten; es sei nicht etwa ein Verfügungsgeschäft unzulässig, das bloß objektiv das ganze Vermögen, nämlich etwa den einzigen (übertragbaren) Vermögensgegenstand betreffe, sondern nur ein solches, dessen "Inhalt" - also durch die Parteilärklärung bestimmt - auf "das Vermögen im ganzen" gehe, § 1365 Abs.1 Satz 1 BGB betreffe nur Verpflichtungen, die auf eine Verfügung über das Vermögen als solches gerichtet seien. Die Divergenz im Wortlaut zwischen § 1365 BGB und § 1369 BGB sei mithin alles andere als äußerlich zufällig.

1) Ebenso Eppig Diss., S. 66, 68;

die Lehre Rittners scheint an Einfluß zu gewinnen; sie wurde übernommen von Tiedau DNotZ 1961 Anhang S. 97 ff, 99 f; Soergel-Vogel Bd. IV, Anm. 8 und 11 zu § 1365 BGB; Schlegelberger-Geßler Bd. II, Anm. 55a zu § 105 HGB (S. 1012); Boehmer, Die Teilreform S. 17 f, scheint ihr nahe zu stehen; auch Gernhuber, JZ 1963, 518, hat sich für eine enge Auslegung des § 1365 BGB ausgesprochen. A. A. aber nach wie vor z. B. Palandt, 23. Aufl. 1964, Anm. 2 zu § 1365 BGB.

2) aaO, S. 16 f

3) DNotZ 1961 Anhang S. 106 f

4) aaO, S. 10

Rittner gibt zwar eine Erläuterung für die Charakterisierung des Verpflichtungsgeschäftes in § 1365 BGB: es fehlt aber eine einleuchtende Erklärung für die unpräzise Fassung des Ausdrucks "Verfügung über Vermögen". Auch dann, wenn der Verfügungsbegriff inhaltsbezogen zu verstehen ist, läßt sich nicht übersehen, daß eine Verfügung über eine Rechtsgesamtheit unzulässig ist. Zwar wäre denkbar, daß das Gesetz lediglich den von den Parteien verwandten unklaren terminus wiedergeben will; diese Deutung ist jedoch unbefriedigend ¹⁾. Zudem ist Rittners Auffassung mit der besonders starken Stellung des Verfügungsbegriffes im Rahmen des § 1365 BGB - wie sie oben gekennzeichnet worden ist - kaum vereinbar, weil nach Rittners Theorie der Schwerpunkt der Norm auf dem mit dem Verpflichtungsgeschäft verknüpften Parteiwillen liegt, einem nicht im Gesetzeswortlaut enthaltenen Element.

b) Weitere Deutungsmöglichkeit

Neben der von Rittner vollzogenen Interpretation des Wortlauts ist eine andere Deutung der Fassung des § 1365 Abs. 1 BGB möglich. Diese scheint mir näher zu liegen. Insbesondere ist bei ihr nicht erforderlich, dem Wortlaut ein voluntatives Element hinzuzufügen.

Zunächst ist Rittner zuzugeben, daß zwischen den Fassungen der §§ 1365 Abs. 1 und 1369 BGB ein erheblicher Unterschied besteht. Dieser Unterschied muß aber nicht darauf zurückgeführt werden, daß § 1365 Abs. 1 BGB inhaltsbezogen ist. Er kann auch darauf beruhen, daß die Objekte, auf die sich die beiden Bestimmungen beziehen, in einem hier wesentlichen Punkt voneinander abweichen. In § 1369 BGB werden die Gegenstände des Haushalts als Objekte der vinkulierten Verwaltungshandlungen betroffen. Diese Gegenstände sind durch ihre Eigenschaften aus sich heraus als betroffene Objekte erkennbar. Als Einzelobjekte können sie Gegenstand von Verfügungen sein.

§ 1365 BGB bezieht sich hingegen auf das Vermögen. Der Begriff des Vermögens kann im Zivilrecht verschiedene Bedeutungen haben ²⁾. In jedem Fall aber hat der Vermögensbegriff zum Inhalt, daß er eine nicht festgelegte Anzahl von nicht aus sich heraus erkennbaren Rechten (eventuell auch Verbindlichkeiten) einem Rechtssubjekt zuordnet ³⁾. Das Vermögen eines Subjekts stellt mithin grundsätzlich eine Gesamtheit von Rechten dar und nicht ein Einzelrecht oder einen Einzel-

1) Mülke AcP 161, 136

2) Dazu die Ausführungen zu dem Vermögensbegriff unten unter 5.; Staudinger Bd. V Anm. 72 zu § 1922 BGB

3) Staudinger aaO.; Rittner FamRZ 1961, 6

gegenstand. Deshalb ist eine Verfügung darüber nicht zulässig ¹⁾).

Dieser unterschiedliche Charakter der in den beiden Bestimmungen betroffenen Objekte erfordert eine unterschiedliche Formulierung. Während die in § 1369 BGB betroffenen Objekte durch den Verfügungsbegriff ertastet werden können, ist das bei dem in § 1365 BGB genannten Vermögen nicht der Fall. In § 1365 Abs. 1 BGB bedarf es eines Bandes, das die zur Einwirkung auf das Vermögen erforderlichen Einzelverfügungsgeschäfte zusammenhält. Als bindendes Glied bietet sich das Verpflichtungsgeschäft an, weil es - wie oben unter 1. letzter Absatz dargelegt - ohnehin in § 1365 Abs. 1 Satz 1 BGB aufgenommen werden mußte. Durch das Verpflichtungsgeschäft kann das gesamte Vermögen ertastet werden. Die Zusammenfassung der Einzelverfügungen wird mithin durch die Charakterisierung der betroffenen Rechtsgeschäfte als Verpflichtungsgeschäfte erreicht ²⁾. Die Einleitung des § 1365 BGB mit der Charakterisierung eines Verpflichtungsgeschäfts erhält so eine einfache Erklärung und einen Sinn.

Wenn die Fassung der Vorschrift so verstanden wird, gibt der Wortlaut keinen Anhaltspunkt dafür, daß ein bestimmter Parteiwille notwendig ist. Der Verpflichtungsbegriff ist nämlich insoweit neutral.³⁾ Entscheidend ist allein, daß die betroffenen Gegenstände tatsächlich - objektiv - das gesamte Vermögen ausmachen. Verständlich erscheint bei dieser Interpretation des Wortlauts auch die unpräzise Verwendung des Verfügungsbegriffes. Da das Gesetz durch das Charakterisieren eines Verpflichtungsgeschäfts zu erkennen gibt, daß es davon ausgeht, eine Verfügung über das Vermögen sei unzulässig, konnte die Wortwahl auf Kosten der Genauigkeit vereinfacht werden. An Stelle der an sich erforderlichen, viel umfangreicheren Wendung "Einzelverfügungen über die das Vermögen bildenden Gegenstände" konnte der unpräzise terminus "Verfügung über Vermögen" als Sammelbezeichnung ⁴⁾ verwandt

1) Daran ändert auch nichts, daß das Vermögen nach der h. M. aus einem Gegenstand bestehen kann - dazu die Ausführungen unten unter 5.: Laue AcP 140, 64 ff, 67 -. Auch in diesem Fall erschöpft sich der Sinn des Vermögensbegriffs nicht in einem Einzelrecht, sondern enthält darüber hinaus ein das Einzelrecht einem Rechtssubjekt zuordnendes Element. Das Vermögen ist somit auch in diesem Fall nicht ein Einzelrecht, über das verfügt werden könnte.

2) So scheint auch Wolff, Enneccerus Bd. IV, S. 501, § 115 II 2, die gleichlautende Wortwahl in § 1822 Nr. 1 BGB verstanden zu haben.

3) Mülke AcP 161, 136

4) Mülke AcP 161, 136

werden¹⁾.

4. Die isolierten Verfügungen

Die unterschiedlichen Auswirkungen der beiden Interpretationsmöglichkeiten zeigen sich nicht nur hinsichtlich der Tragweite des § 1365 BGB, sondern auch hinsichtlich der Frage, ob isolierte Verfügungen (z. B. die Kündigung) unter den Wortlaut des § 1365 BGB fallen.

Nach der von Rittner vertretenen Auslegung des Wortlauts ist das Verpflichtungsgeschäft mit dem darin zum Ausdruck kommenden Willenselement für die Frage, ob der Tatbestand der Norm erfüllt ist, entscheidend²⁾. Nach der zweiten aufgezeigten Auslegungsmöglichkeit ist hingegen das Verpflichtungsgeschäft lediglich als Bindeglied von Belang. Nach dieser Interpretation scheint es mit dem Wortlaut vereinbar zu sein, eng miteinander verbundene Verfügungen auch dann als von § 1365 BGB erfaßt anzusehen, wenn sie das ganze Vermögen ergreifen, ohne daß ihnen ein Verpflichtungsgeschäft vorausgeht. "Isolierte Verfügungen" können mithin nach der zweiten Deutung des Wortlauts noch als vinkuliert angesehen werden. Dabei ist zu beachten, daß einseitige, isolierte Verfügungen (wie die Kündigung) nicht unter § 1365 BGB, sondern unter § 1367 BGB fallen³⁾.

- 1) Den grundlegenden Unterschied des Wesens der in den §§ 1365 Abs. 1 und 1369 BGB betroffenen Objekte und die sich daraus ergebende Notwendigkeit, die Bestimmungen verschieden zu fassen, hat Rittner nicht in ausreichendem Maße gewürdigt. Das folgt aus der von ihm vorgeschlagenen Fassung des § 1365 Abs. 1 Satz 1 BGB: "... über ihm gehörende Gegenstände, die sein Vermögen (im wesentlichen) darstellen, nur verfügen ...". Bei dieser Wortwahl fehlt die Voraussetzung, daß die Einzelverfügungen in einem engen Zusammenhang stehen müssen: es ist kein verbindendes Glied vorhanden, wie es in dem Gesetz dank der Charakterisierung als Verpflichtungsgeschäft gegeben ist. Als verbindendes Element sieht Rittner aber wohl den Willen der Parteien an; aaO. Seite 10
- 2) Rittner aaO. Seite 5
- 3) Dazu oben § 3, 2. Das OLG Frankfurt, Rtspl. 1960, 290, scheint diese Meinung zu teilen. A. A. ist das OLG-Hamm, Rtspl. 1960, 226.
Mehrfach werden dem § 1367 BGB isolierte Verfügungen zugerechnet, ohne darauf einzugehen, daß den Verfügungen kein Verpflichtungsgeschäft zugrundeliegt und somit das Eingreifen der §§ 1365 ff. BGB zweifelhaft ist (Palandt, Anm. 1 zu § 1367 BGB, wo Kündigung, Anfechtung und Rücktritt genannt werden; BGB-RGRK Bd. IV, wo unter der Anm. 3 zu § 1367 BGB die gleichen Rechtsgeschäfte sowie die Aufrechnung angeführt sind). Das kritiklose Aufzählen isolierter Verfügungen im Rahmen des § 1367 BGB läßt vermuten, daß das in der Regel gegebene Fehlen des Verpflichtungsgeschäftes, also die eigentliche Problematik der isolierten einseitigen Verfügung, übersehen worden ist.

5. Der Vermögensbegriff

Neben den Begriffen der Verfügung und der Verpflichtung bietet der Vermögensbegriff in § 1365 Abs. 1 BGB Auslegungsschwierigkeiten. Das Gesetz enthält keine Definition des Begriffes. Deshalb kann aus dem Wortlaut nur wenig für die Bestimmung seines Inhalts entnommen werden. Als entscheidendes Merkmal des Vermögensbegriffes wird im allgemeinen der "Geldwert" der von ihm erfaßten Lebensgüter angesehen ¹⁾. Darüberhinaus eignet ihm noch begriffsnotwendig ein einigendes Element, dem die wirtschaftlichen Güter zugeordnet sind. Als einigendes Element kommt das Rechtssubjekt in Frage ²⁾. Der genaue Inhalt des Vermögensbegriffes muß jeweils nach dem Zweck der betroffenen Vorschrift ermittelt werden ³⁾. Grundsätzlich sind im Zivilrecht drei Vermögensbegriffe zu unterscheiden ⁴⁾. Als Inhalt dieser Begriffe kommt in Betracht:

- a) Vermögen ist die Gesamtheit der dem einzelnen Rechtssubjekt zustehenden wirtschaftlichen oder geldwerten Rechte ⁵⁾ (Aktiv- oder bruttonvermögen; auch juristischer Vermögensbegriff genannt); ⁶⁾
- b) Vermögen ist der rechnerische Überschuß, der nach Abzug der Schulden eines Rechtssubjekts von seinem Aktivvermögen verbleibt (Netto- oder Reinvermögen); ⁷⁾
- c) Vermögen ist die Zusammenfassung von Rechten (Aktiva) und Verbindlichkeiten (Passiva), die einem Rechtssubjekt zustehen. ⁸⁾

1) Staudinger Bd. V, Anm. 65 zu § 1922 BGB; v. Tuhr, Bd. I S. 314

2) Staudinger aaO. Anm. 68; v. Tuhr aaO. S. 318, 320 f

3) Staudinger aaO. Anm. 72; v. Tuhr aaO. S. 324 f

4) Staudinger aaO. Anm. 72 ff; Rittner aaO. S. 6

5) Laue, AcP 140, 66, faßt neben den Rechten auch Gegenstände unter den Vermögensbegriff. Dadurch entsteht aber die Gefahr, daß der Wert eines Gegenstandes zweimal erfaßt wird. Deshalb ist der h. M. zuzustimmen, die nur Rechte aus dem Vermögen zählt; v. Tuhr aaO. S. 319

6) Das BGB versteht in der Mehrzahl seiner Paragraphen das Vermögen als Aktivvermögen, z. B. in den §§ 45, 49, 52, 82, 87, 88, 310, 311, 419, 517, 718, 733, 1085, 1087, 1088, 1922 (Staudinger Anm. 74 zu § 1922; Enneccerus-Nipperdey S. 843). Der Aktivvermögensbegriff wurzelt im Deutschen Recht, RGZ 69, 283 ff, 285.

7) In diesem Sinne ist der Vermögensbegriff in den §§ 1374, 1375 BGB verwandt; ferner findet er sich in den §§ 49 und 733 Abs. 2 BGB. Der Begriff stammt aus dem Römischen Recht: Bartholoma S. 6; RGZ 3d. 69, 283; v. Tuhr aaO. S. 324 ff

8) Das in § 1922 BGB erwähnte Vermögen des Erblassers wird weitgehend als Summe der Aktiva und Passiva angesehen; dazu Staudinger Bd. V Anm. 71 und 78 zu § 1822 BGB, wo die h. M. nicht geteilt wird. Im übrigen dazu v. Tuhr aaO. S. 324 und Anm. 39 (Seite 324).

Da sich aus dem Wortlaut nicht erkennen läßt, welcher der drei möglichen Inhalte dem Vermögensbegriff im Rahmen des § 1365 BGB zukommt, läßt sich an dieser Stelle der Wortlaut nur in beschränktem Maße interpretieren. Einmal läßt sich feststellen, daß nur Einwirkungen auf Rechte oder gegebenenfalls Verbindlichkeiten für § 1365 BGB von Belang sind. Ein Erfassen bloßer Chancen, Hoffnungen und Aussichten ist unbeachtlich¹⁾. Ferner ist bedeutsam, daß jede der drei Möglichkeiten auf eine Mehrheit von Rechten und gegebenenfalls Verbindlichkeiten hinweist. Lehmann²⁾ und Rittner³⁾ schließen daraus, es müsse jeweils eine Mehrheit von Rechten vorhanden sein, um von Vermögen sprechen zu können: ein einzelner Gegenstand könne nicht Vermögen sein. Demgegenüber weist Laue⁴⁾ darauf hin, die Summe der Rechte könne beliebig groß sein; folglich könne sie auch bis auf ein Nichts herabsinken. Diese Argumentation überzeugt, wenngleich an Stelle des Nichts die Zahl "eins" gesetzt werden sollte, weil sonst nicht mehr von Vermögen, das begriffsnotwendig eine Substanz voraussetzt, gesprochen werden kann. Es besteht kein Grund, erst von Vermögen zu sprechen, wenn einem Rechtssubjekt zwei oder mehr Rechte zustehen. Die Bedeutung der Worte "Gesamtheit" oder "Zusammenfassung" liegt auf einer anderen Ebene. Sie weisen darauf hin, daß alle einem Subjekt zuzuordnenden Rechte und gegebenenfalls Verbindlichkeiten betroffen sind. In der Zuordnung liegt ihr Sinn, nicht hingegen in der Festlegung einer bestimmten Zahl⁵⁾. Mithin wird auch die Verfügung des Ehegatten über einen einzelnen Gegenstand, etwa ein wertvolles Grundstück oder einen Geschäftsanteil, der sein Vermögen ausmacht, von dem Wortlaut des § 1365 BGB erfaßt,

Rittner⁶⁾ stützt seine Ansicht, § 1365 BGB setze ein inhaltsbezogenes Rechtsgeschäft voraus, auch darauf, ein Rechtsgeschäft über das ganze Vermögen im objektiven Sinne käme nie vor, weil immer einige Gegenstände von dem in Betracht kommenden Rechtsgeschäft ausgenommen wurden. Deshalb müsse bei der Entscheidung der Frage, wann auf das Vermögen eingewirkt würde, notwendig auf den Parteiwillen zurückgegriffen werden, um § 1365 BGB überhaupt sinnvoll erscheinen zu lassen. Rittner setzt dabei voraus, ein Rechtsgeschäft über das Vermögen müsse ausschließlich alle Rechte des betroffenen Rechtssubjekts erfassen, da sonst objektiv kein Geschäft über das Vermögen vorliege. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Rittner überfordert den Wortlaut der Norm. Wie oben ausgeführt worden ist, bedarf der Vermögensbegriff jeweils seiner Ausgestaltung durch den

1) Enneccerus-Nipperdey, Bd. I S. 842, § 131 II 3

2) Enneccerus-Lehmann, Bd. II, S. 346, § 86 II 1 b aa; § 419 BGB soll aber bei einem einzelnen Gegenstand analog angewendet werden.

3) aaO. Seite 3

4) AcP 140, 64 ff, 67

5) Staudinger Bd. V Anm. 68 zu § 1922 BGB

6) aaO. S. 10 f

Zweck der Vorschrift. Der Zweck einer Norm kann aber durchaus bedingen, daß nur der wesentliche Teil der Rechtsgüter eines Rechtssubjekts als dessen Vermögen anzusehen ist. Das wird sogar in der Regel der Fall sein, weil sonst das Vermögen fast nie objektiv betroffen wäre (eine Ausnahme bietet z. B. § 1922 BGB). Mithin kann nicht geschlossen werden, das Vermögen erfordere in jedem Falle, daß alle Rechtsgüter eines Subjekts erfaßt werden. Der Wortlaut des § 1365 BGB stützt somit insoweit nicht die Ansicht Rittners, der Wille der Parteien müsse auf eine "Verfügung über das Vermögen" gerichtet sein.

Rittner¹⁾ will ferner aus dem Wortlaut des § 1365 BGB herleiten, daß nur bestimmte typische Geschäfte über das Vermögen (wie z. B. Hofübergabeverträge) unter § 1365 BGB fallen. Insoweit findet er zwar eine gewisse Stütze in den Materialien des Gleichberechtigungsgesetzes (dazu die Ausführungen unten unter Kapitel § 4), nicht aber im Wortlaut. Die Fassung der Norm gibt keinerlei Anhaltspunkte für eine derartig einengende Auslegung.

6. Die Bedeutung des Ausdrucks Vermögen "im ganzen"

In § 1365 Abs. 1 BGB enthält der Vermögensbegriff einen Zusatz, der nur schwer deutbar ist. Der Gesetzestext begnügt sich nicht mit der Nennung des Vermögens, sondern er verwendet den terminus "Vermögen im ganzen". Auf den ersten Blick erscheint der Zusatz "im ganzen" überflüssig, weil der Vermögensbegriff bereits eine umfassende Bezeichnung darstellt. Die Worte "im ganzen" können daher einmal als rein rhetorischer Zusatz angesehen werden, dem keine Bedeutung zukommt. Andererseits ist jedoch nicht zu übersehen, daß der Zusatz durch seine enge Verbindung mit dem Vermögens- und auch dem Verfügungsbegriff den Eindruck erweckt, als genüge es nicht, daß auf alle Vermögensrechte eingewirkt werde. Die Worte "im ganzen" scheinen darauf hinzudeuten, daß das Vermögen auch wertmäßig durch die Einwirkung erfaßt werden soll²⁾. Diese Deutung läßt der Wortlaut zumindest zu³⁾.

1) aaO, Seite 11

2) Z. B. wird ein unbelastetes Grundstück im Wert von 100 000,- DM durch eine erstrangige Hypothekenbestellung im Wert von 1 000,- DM substantiell ganz betroffen, das Grundstück wird jedoch nicht in seinem ganzen Wert, "im ganzen", erfaßt. Diese Möglichkeit der Wortinterpretation scheint Hoche, NJW 1958, 2069, zu übersehen; vgl. dazu Merdsche, NJW 1958, 1729 f; LG-Detmold, NJW 1958, 1729

3) Tiedau MDR 1959, 79, 81; Beitzke DB 1961, 23

7. Die Eigenschaftstheorie Eppigs

Eppig 1) will aus dem Wortlaut des § 1365 Abs. 1 BGB entnehmen, die Vertragsparteien müßten wissen, daß es sich um das ganze Vermögen handle. Sie kommt weitgehend zu dem gleichen Ergebnis wie Rittner; ein Vertrag über das Vermögen im ganzen liege nur vor, wenn der Umstand, daß der betroffene Gegenstand das gesamte Vermögen des Ehegatten ausmache, Vertragsinhalt geworden sei 2).

Eppig kommt aber auf einem ganz anderen Weg zu diesem Ergebnis als Rittner. Sie führt aus, es gehöre zu den Eigenschaften eines Gegenstandes, ob er das "Vermögen im ganzen" einer Person bilde 3). Für einen Gegenstand, dem das Merkmal "Vermögen im ganzen" anhafte, wurden nämlich im Rechtsverkehr besondere gesetzliche Vorschriften gelten, die auch dessen Wert und Marktfähigkeit beeinflussen. Insoweit sei das Merkmal für den Gegenstand von Bedeutung. Alle Verhältnisse eines Gegenstandes, die für ihn irgendwie bedeutsam waren, mußten aber als dessen Eigenschaft gewertet werden 4). Die Vertragsbestimmungen könnten sich auf die Eigenschaften des Vertragsobjektes beziehen: deshalb gehörten die Eigenschaften eines Vertragsobjektes mit zu dem Vertragsinhalt 5). Ein Vertrag über das Vermögen im ganzen liege mithin nur dann vor, wenn der Umstand, daß der Gegenstand das ganze Vermögen des Ehegatten bilde, Vertragsinhalt geworden sei 6). Eppig folgert aus dieser Überlegung, daß kein Vertrag i. S. des § 1365 BGB vorliege, wenn eine der beiden Vertragsparteien nicht gewußt habe, daß der Vermögensgegenstand das Vermögen im ganzen darstelle 7).

Der Konstruktion Eppigs kann nicht gefolgt werden. Zunächst stellt die Tatsache, daß ein Gegenstand oder mehrere Gegenstände in ihrer Zuordnung zu einem Rechtssubjekt als dessen Vermögen anzusehen sind, keine Eigenschaft des oder der Gegenstände dar. Als Eigenschaften werden nämlich im allgemeinen nur solche Verhältnisse angesehen, die einem Gegenstand als solchem anhaften, nicht aber sich daraus ergeben, daß der Gegenstand zu einer Person in Beziehung gesetzt wird 8).

1) Diss. S. 61 ff

2) S. 66

3) S. 63; dergleichen Ansicht ist Laue, AcP 146 ff, 187

4) S. 62

5) S. 64, 66. Hier liegt, wie unten auszuführen sein wird, ein Trugschluß vor: selbst wenn eine Eigenschaft Vertragsinhalt werden kann, so muß sie es nicht.

6) S. 67

7) S. 66

8) Staudinger Anm. 17 zu § 119 BGB

Aber auch nach dem weiten Eigenschaftsbegriff, wie er in den von Eppig ¹⁾ zitierten Entscheidungen des Reichsgerichts ²⁾ und bei Staudinger ³⁾ sowie Lehmann ⁴⁾ zugrundegelegt wird, kann die Zugehörigkeit eines Gegenstandes zu dem Vermögen eines Rechtssubjekts nicht als dessen Eigenschaft angesehen werden ⁵⁾. Nach Staudinger liegt dann die Eigenschaft einer Sache vor, wenn ein Merkmal die Sache in irgendeiner Hinsicht bezeichnet, also eine bestimmte Beziehung zu dem Gegenstand hat. Die Tatsache, daß ein Gegenstand zu dem Vermögen eines Rechtssubjekts gehört, bezeichnet nicht den einzelnen Gegenstand an sich, sondern höchstens das Vermögen. Der Gegenstand bleibt durch die rein zufällige Konstellation des Vermögens, die mit seinem Wesen nichts zu tun hat, unberührt; er ist insoweit nur Objekt, dessen Sein nicht verändert und nicht bezeichnet wird, Eppig ⁶⁾ argumentiert zwar, für einen Gegenstand, dem das Merkmal "Vermögen im ganzen" anhafte, würden im Rechtsverkehr besondere gesetzliche Vorschriften gelten, die dessen Wert und Marktfähigkeit beeinflussen (z.B. die §§ 419, 1365 BGB). Sie übersieht dabei aber, daß das Vermögen und die Gegenstände, aus denen es in ihrer Zuordnung zu einem Subjekt gebildet wird, nicht identisch sind. Die Rechtsfolgen der §§ 419 und 1365 BGB knüpfen nicht unmittelbar an die Gegenstände mit einem bestimmten Merkmal, sondern an das Vermögen als solches an. Es mögen sich dabei zwar mittelbare Auswirkungen auf den einzelnen Gegenstand ergeben. Mangels eines unmittelbaren Betroffenseins kann aber nicht davon die Rede sein, es handle sich um ein Merkmal dieses Gegenstandes.

Zwar ist denkbar, daß auch ein Gegenstand durch das übergeordnete Ganze in seinem Sein unmittelbar beeinflusst wird. Das kann z.B. bei einem Auto- oder Schiffsmotor der Fall sein. Dafür ist aber erforderlich, daß das übergeordnete Ganze so konkret ausgestaltet ist und auf die Einzelgegenstände Bezug nimmt, daß es durch sein Wesen die es bildenden Einzelteile zu beeinflussen vermag. Diese Fähigkeit besitzt der reine Zuordnungsbegriff Vermögen nicht. Sein Inhalt ist nicht einmal genau fixiert, sondern ihm kommt je nach Bedarf eine wechselnde Bedeutung zu.

Die Ansicht Eppigs wäre aber auch abzulehnen, wenn unterstellt würde, daß ein Merkmal "Vermögen im ganzen" einem oder mehreren Gegenständen als Eigenschaft anhaften kann ⁷⁾. Eppig ⁸⁾ schließt aus der in der Rechtslehre vertretenen

1) S. 32

2) RGZ Bd. 161, 193 ff, 194 - dort nimmt das RG nicht zum Eigentum Stellung -; RGZ Bd. 21, 308 ff, 310 f, wo das Reichsgericht sogar entgegen der heute wohl einhelligen Meinung den Wert einer Sache zu deren Eigenschaften gezählt hat.

3) Anm. 17 zu § 119 BGB

4) Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs S. 245

5) Glum Diss. S. 114

6) S. 63

7) Mülke AcP 161, 152

8) S. 64 ff

Meinung, daß eine Eigenschaft auf Grund der Parteierklärungen Vertragsinhalt werden kann, ein Vertrag über das Vermögen im ganzen liege nur vor, wenn der Umstand, daß der Gegenstand das ganze Vermögen des Ehegatten ausmache, Vertragsinhalt geworden sei. Sie übersieht dabei, daß zwar Eigenschaften Vertragsinhalt werden können, daß aber nicht alle Eigenschaften des Vertragsobjektes Vertragsinhalt werden müssen. Nicht einmal alle wesentlichen Eigenschaften brauchen Vertragsinhalt zu werden, denn sonst wäre § 119 Abs. 2 BGB überflüssig. Selbst wenn der Parteiwille sich nicht auf das Merkmal "Vermögen im ganzen" bezieht, kann somit objektiv diese "Eigenschaft" vorliegen und das Eingreifen der §§ 419, 1365 BGB bedingen. Die Begründung Eppigs rechtfertigt also nicht ihre Meinung, die Parteien müßten wissen und wollen, daß auf das Vermögen im ganzen eingewirkt werde. Damit scheidet die von ihr gegebene Interpretation des Wortlauts aus der weiteren Untersuchung aus.

8. Zusammenfassung

Aus den obigen Ausführungen folgt, daß der Wortlaut des § 1365 Abs. 1 BGB, sein objektiver Sinn so wie er sich aus dem Text ergibt, verschiedenen Interpretationen zugänglich ist. Insbesondere sind zwei in ihrer Grundkonzeption und Tragweite stark voneinander abweichende Deutungen des § 1365 Abs. 1 BGB vertretbar. Im einzelnen erscheinen folgende Interpretationen mit dem Wortlaut vereinbar:

§ 1365 Abs. 1 Satz 1 BGB

1. Ein Ehegatte kann sich nur mit Einwilligung des anderen Ehegatten verpflichten, auf sein Vermögen, das aus
 - den ihm zustehenden (aktiven) Rechten -
 - den Rechten vermindert um die Verbindlichkeiten -
 - der Summe der Rechte und Verbindlichkeiten -
 besteht, durch Einzelverfügungen unmittelbar einzuwirken, indem er die Rechte aufhebt, überträgt, belastet oder ihrem Inhalt nach ändert.
 - sofern der volle Wert des Vermögens erfaßt wird -.
2. Ein Ehegatte kann sich nur mit Einwilligung des anderen Ehegatten verpflichten, über sein "Vermögen im ganzen" - so wie es sich nach dem Parteiwillen und der Parteibezeichnung darstellt - zu "verfügen".

§ 1365 Abs. 1 Satz 2 BGB

Hat er sich ohne Zustimmung des anderen Ehegatten verpflichtet, so kann er die zur Erfüllung erforderlichen Einzelverfügungen nur vornehmen, wenn der andere Ehegatte einwilligt.

- Auf die sein Vermögen ausmachenden Einzelrechte kann er durch zusammenhängende Verfügungen nur einwirken, wenn der andere Ehegatte einwilligt. -

Bei der Fassung des § 1365 BGB fällt insbesondere auf, daß nach dem Wortlaut auf die Interessen des Rechtsverkehrs keine Rücksicht genommen wird: es fehlt jeder Anhalt dafür, daß der gute Glaube eines Dritten geschützt ist,

§ 4

DIE MOTIVE UND MATERIALIEN

Der Wert der Motive für die Auslegung ist unstritten. Der Bundesgerichtshof hat wiederholt auf die Motive zurückgegriffen, um einen unklaren Wortlaut zu interpretieren ¹⁾. In dem Urteil vom 3. 12. 1951 - III ZR 52/51 ²⁾ - mißt er sogar für die Auslegung den Motiven einen nahezu ebenso großen Wert bei wie dem Wortlaut. Auf Seite 125 aaO. wird ausgeführt: "Da somit weder der Wortlaut noch die Entstehungsgeschichte ... einen eindeutigen Hinweis ergeben ..., kann die Lösung dieser Frage nur aus dem allgemeinen Aufbau des Gesetzes und dem Zweck entnommen werden."

Das Bundesverfassungsgericht mißt hingegen den Motiven nur eine untergeordnete Stellung für die Auslegung bei. In BVerfGE Bd. 1 Seite 299 ff. heißt es in Leitsatz 2: "Nicht entscheidend ist dagegen die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder über die Bedeutung der Bestimmung. Der Entstehungsgeschichte einer Vorschrift kommt für deren Auslegung nur insofern Bedeutung zu, als sie die Richtigkeit einer nach den angegebenen Grundsätzen erhaltenen Auslegung bestätigt oder Zweifel ausgeräumt werden können." ³⁾ Die Würdigung der Materialien scheint lediglich in dem Rahmen angebracht, den das Bundesverfassungsgericht gezogen hat. Entscheidende Bedeutung kann den Motiven bei § 1365 BGB nicht beigemessen werden, weil die Tragweite der Bestimmung von dem Gesetzgeber zu wenig übersehen und erörtert worden zu sein scheint.

1. Allgemeiner Überblick

Der Gesetzgeber hat sich über die Auswirkungen der Verwaltungsbeschränkungen kein klares Bild gemacht. Das folgt aus den Erklärungen zu den §§ 1365 ff. BGB, die dem Regierungsentwurf beigelegt sind ⁴⁾, aus den Protokollen des Unterausschusses "Familienrechtsgesetz" des 16. Ausschusses 2. Wahlperiode des Bundes-

1) BGHZ Bd. 4, 123 ff., 126; Bd. 8, 88 ff., 92; Bd. 17, 266 ff., 282 f.; Bd. 18, 44 ff., 48

2) Abgedruckt in BGHZ Bd. 4, 123 ff.

3) Ebenso in der Entscheidung BVerfGE Bd. 8, 274 ff., 307; Staudinger Bd. I Einl. 59 vor § 1 BGB. Im übrigen findet sich eine eingehende Erörterung der Problematik bei Enneccerus-Nipperdey Bd. I, S. 329, § 55.

4) Drucksache des Bundestages, 2. Wahlperiode 1953, Nr. 224, Seite 41 f.

tages 1953) und aus dem schriftlichen Bericht des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht (16. Ausschuß) über die Entwürfe eines Gesetzes über die Gleichberechtigung von Mann und Frau der FDP-Fraktion - Drucksache 112 -, der SPD-Fraktion - Drucksache 178 - und der Regierung - Drucksache 224- 1). Nur über wenige Einzelprobleme ist gesprochen worden und auch insoweit machte man sich über die Folgen der gesetzlichen Regelung nur ein unbestimmtes Bild. Die Frage, ob § 1365 BGB im Gesellschaftsrecht aktuell werden könne, wurde - soweit ersichtlich - überhaupt nicht angeschnitten. Ein Anhaltspunkt dafür, wann der Gesetzgeber den § 1365 Abs. 1 BGB (im Regierungsentwurf § 1372) für erfüllt ansah, ergibt sich aus Äußerungen in der 5. Sitzung des Unterausschusses "Familienrechtsgesetz". Der Berichterstatter legte in dieser Sitzung dar, er halte eine Verfügung über das Vermögen für gegeben, wenn ein Ehegatte sein Vermögen vor der Auswanderung veräußere ²⁾. Ferner glaubte er, die Veräußerung des einzigen Grundstückes gegen eine Leibrente und die Übergabe des Hofes durch den Bauer oder die Bäuerin als Verfügung i. S. des § 1365 BGB werten zu müssen ³⁾.

2. Verfügungsbegriff

Zu der unpräzisen Verwendung des Begriffes "Verfügung über Vermögen" findet sich keine Erklärung. Die Fassung ist nach der Erläuterung des Regierungsentwurfes ⁴⁾ dem § 1444 a. F. BGB entnommen ⁵⁾. Die kritiklose Übernahme des passus überrascht, weil bekannt sein mußte, daß die Verfügung über das Gesamtgut (= Vermögen) durch einheitlichen Akt unzulässig ist ⁶⁾.

1) Anlage zu der Bundestagsdrucksache 3409 der 2. Wahlperiode 1953, Seite 6

2) Protokoll der 5. Sitzung Seite 24

3) Auch zu den Auswirkungen des § 1367 BGB (im Entwurf § 1374) liegen nur knappe Stellungnahmen vor. In dem Regierungsentwurf, Drucks. 224 S. 41, ist angemerkt, der Fall werde nur selten eintreten. Er könne jedoch vorkommen, wenn ein Dritter als Nichtberechtigter ein Rechtsgeschäft über das Vermögen eines Ehegatten vorgenommen habe und dieser das Geschäft genehmige. Die Vorschrift sei § 1448 a. F. BGB nachgebildet, aaO. S. 42. In dem Unterausschuß, 10. Sitzung, Protokoll S. 20, wurde als Beispiel für § 1367 BGB die Dereliktion benannt. (In beiden Fällen handelt es sich um isolierte Verfügungen.)

4) aaO. Drucksache 224 S. 41

5) In § 1444 a. F. BGB lautet der entsprechende Ausdruck "Verfügung über das Gesamtgut im ganzen."

6) BGB-RGRK Bd. IV, 9. Aufl. 1940, Anm. 5 zu § 1444 a. F. BGB. Der Ausdruck "Verfügung über Vermögen" fiel in den Ausschußsitzungen wiederholt, ohne daß Bedenken geltend gemacht worden wären; vgl. Protokolle der 5. Sitzung Seite 7, 24; der 10. Sitzung Seite 19; der 40. Sitzung Seite 6

3. Zweck der Norm

Mehrfach zur Sprache kam die Frage, welchem Zweck die Vinkulierungen dienen und in welchem Verhältnis sie zu dem Verkehrsschutzgedanken stehen. Der Zweck der Verwaltungsbeschränkungen war bereits in § 1371 des Regierungsentwurfes (§ 1364 n. F. 3GG) angedeutet. In dem Entwurf lautete diese Bestimmung: „Jeder Ehegatte verwaltet sein Vermögen selbständig; er ist jedoch im Interesse der Familiengemeinschaft nach Maßgabe der folgenden Vorschriften in der Verwaltung seines Vermögens beschränkt.“¹⁾ Den Zusatz „im Interesse der Familiengemeinschaft“ hat der Ausschuß auf Empfehlung des Bundesrates gestrichen, weil er als gesetzliche Begründung der Bestimmungen nicht in das Gesetz aufgenommen zu werden brauche²⁾.

Der Regierungsentwurf enthält zu § 1372 des Entwurfes (späterer § 1365 BGB) den Hinweis, die Beschränkung sei zum Schutze des anderen Ehegatten erforderlich. Die Vereitelung des Ausgleichsanspruches solle vermieden werden.³⁾

In dem Unterausschuß wurde die Debatte über die Verwaltungsbeschränkungen von dem Berichterstatter mit den Worten eingeleitet, es müsse eine Sicherung des Ehegatten, der keinen Zugewinn mache, auch während bestehender Ehe erreicht werden.⁴⁾ Während der 5. Sitzung wurde jedoch auch erwähnt, die Bestimmung diene dem Schutz der Familiengemeinschaft⁵⁾. Eine entsprechende Äußerung des Berichterstatters fiel auch in der 10. Sitzung⁶⁾. In dem schriftlichen Abschlußbericht des 16. Ausschusses⁷⁾ wird schließlich als Zweck der Verwaltungsbeschränkungen primär der Schutz der wirtschaftlichen Grundlage der Familie genannt.

4. Schutz des Rechtsverkehrs

Die durch die Verwaltungsbeschränkungen herbeigeführte Gefährdung des Rechtsverkehrs wurde mehrfach erörtert. In dem Regierungsentwurf steht die Erläuterung, der gute Glaube werde nicht geschützt⁸⁾. Der Unterausschuß ging davon aus, die Interessen des Rechtsverkehrs seien dem Schutzbedürfnis des Ehegatten unterzuordnen⁹⁾. Ebenfalls in dem Ausschlußbericht wird ausgetührt, das Interesse der Fam-

1) Drucksache 224 Die Hervorhebung einiger Worte erfolgte durch den Verfasser.)

2) Maßfeller, Das gesamte Familienrecht, Anm. 2 zu § 1364 BGB

3) Drucksache 224 S. 41

4) Protokoll der 5. Sitzung S. 6

5) Protokoll der 5. Sitzung S. 8, 22, 23

6) Protokoll der 10. Sitzung S. 5

7) Drucksache 3409 Anlage S. 5, 6

8) Drucksache 224, S. 42

9) Protokoll der 5. Sitzung S. 6 bis 10 und 23 bis 26

liergemeinschaft gehe dem Bedürfnis des Rechtsverkehrs vor¹⁾. Auf Seite 8 des Berichts wird diese Meinung jedoch wieder eingeschränkt: Die Verwaltungsbeschränkungen der §§ 1365 ff BGB seien das Äußerste, was im Hinblick auf die Sicherung des Rechtsverkehrs vertretbar erscheine. Eine zu starke Belastung des Rechtsverkehrs sei nicht zu erwarten, weil nach Ansicht des Ausschusses § 1365 BGB nur anwendbar sei, wenn die Parteien bei einer Übertragung von Gegenständen, die objektiv das ganze Vermögen ausmachten, Kenntnis davon hatten, daß das ganze Vermögen betroffen sei.

Der Ausschuß bezieht sich insoweit auf die Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. 94, S. 317²⁾. Der Ausschuß sah es jedoch als zweifelhaft an, ob es erforderlich sei, daß der Wille der Parteien auf eine Vermögensübertragung gerichtet sein müsse wie der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 28. Januar 1957 - III ZR 155/55 - zu § 1822 Nr. 1 BGB gefordert habe³⁾.

5. Sonstige Erörterungen

Bei der Gesetzgebungsarbeit sind noch einige Einzelfragen besprochen worden, deren Erörterung insbesondere durch den SPD-Entwurf angeregt wurde. Unter anderem wurde auf die Frage eingegangen, ob Verpflichtungsgeschäfte, die das Vermögen gefährdeten, vinkuliert werden sollten⁴⁾. Als Vorbild diente Art. 494 des Schweizer Obligationenrechts⁵⁾. Beraten wurde ferner über die Beschränkung der Verwaltung an Grundstücken⁶⁾, Eigenheimen⁷⁾, dem Recht an der Wohnung⁷⁾ und der

1) Drucksache 3409, Anhang S. 6

2) An der Richtigkeit dieser Bezugnahme bestehen Zweifel. Das Reichsgericht brauchte in der genannten Entscheidung zu der subjektiven Seite des Rechtsgeschäfts nämlich nicht Stellung zu nehmen, weil die Parteien zufällig davon Kenntnis hatten, daß das ganze Vermögen betroffen wurde.

3) Das Urteil ist abgedruckt in FamRZ 1957, 121 f und DNotZ 1957, 503 f. Es erstaunt zu sehen, daß der Gesetzgeber seine Ansichten zu der subjektiven Seite der von § 1365 BGB ertägten Rechtsgeschäfte nicht starker im Gesetz zum Ausdruck gebracht hat. Es mußte ihm nicht nur die Problematik bei § 419 BGB bekannt sein, von dem sich heute die subjektive Theorie noch nicht eindeutig durchgesetzt hat (Bergenthor, MDR 1963, 140 ff), sondern auch die Regelungen in ausländischen Gesetzen. (Zum Schwedischen Ehegüterrecht vgl. unten unter § 7, 6 a).

4) Für die Burgschaft vgl. Protokoll der 9. Sitzung S. 37, 10. Sitzung S. 8, 9-42. Sitzung S. 2-6. Für langjährige Verpachtung Protokoll der 10. Sitzung S. 12.

Für die Schenkung Protokoll der 9. Sitzung S. 8

5) Unten unter § 7, 6 b

6) Protokolle der 9., 10., 42. Sitzung

7) Protokolle der 9. Sitzung

Lebensversicherungen ¹⁾, In dem Ausschlußbericht - Anhang zu der Drucksache 3409 - wurde jedoch ausgeführt, für eine Einschränkung der Verwaltungsbefugnis hinsichtlich dieser Objekte bestehe kein Bedürfnis oder die Einschränkung gefährde die Sicherheit des Rechtsverkehrs zu stark ²⁾;

6. Kurzer historischer Überblick

Der Gesetzgeber stand bei der Schaffung des gesetzlichen Güterstandes nicht vor einer völlig neuen Materie. Wie Margarete Berent ³⁾ dargelegt hat, galt die Zugewinnsgemeinschaft bereits in Teilen von Deutschland bis 1900, in Teilen von Frankreich bis 1804 und auch in Spanien bis 1889 als ehelicher Güterstand. Die Zugewinnsgemeinschaft fand sich auch im ungarischen Recht und in Gesetzentwürfen, die in Ungarn kurz nach der Jahrhundertwende ausgearbeitet wurden ⁴⁾. Eine Art Zugewinnsgemeinschaft besteht heute in der Schweiz, jedoch auf der Grundlage der Güterverbindung, also einer Gütergemeinschaft (Art. 178, 194 ZGB). Schließlich gibt es einen der Zugewinnsgemeinschaft ähnlichen gesetzlichen Güterstand in Schweden ⁵⁾, Finnland ⁶⁾, Dänemark und Norwegen ⁷⁾. In den nordischen Rechten sind auch Verfügungsbeschränkungen enthalten.

Vorarbeiten für das neue Ehegüterrecht wurden bereits anlässlich des 33., 36. und 38. Deutschen Juristentages und des Deutschen Notartages im Jahre 1952 geleistet. Kipp schlug bei dem 33. Dt. Juristentag auch Verwaltungsbeschränkungen der Ehegatten vor, die jedoch anders geartet waren als die in den §§ 1365 ff BGB verwirklichten.

1) Protokolle der 9. und 42. Sitzung

2) aaO, Seite 7

3) Die Zugewinnsgemeinschaft der Ehegatten, Seite 1 ff

4) Berent aaO, Seite 1, 22 f. In Ungarn ist das Zivilrecht nach dem Jahre 1945 grundlegend geändert worden: es besteht Gütergemeinschaft - Bergmann, "Ungarn", Seite 7

5) Schlegelberger, Seth u. a., Das Zivilrecht der nordischen Länder, Teil I Lieferung 4 a, S. 67 ff

6) Bergmann, "Finnland" Seite 18

7) Boehmer MDR 1950, 450 ff, 454; derselbe FamRZ 1959, 1 ff, 2

DIE SYSTEMATISCHE STELLUNG DES § 1365 ABS. 1 BGB IM RAHMEN DES GESETZES

Die systematische Stellung einer Norm in dem Gesetz, ihr Sinnzusammenhang mit anderen Vorschriften, ist ebenso wie das Ziel und der Zweck ein wesentliches Auslegungselement ¹⁾. Das Bundesverfassungsgericht wertet den "Sinnzusammenhang", unter dem es wohl die systematische Stellung der Norm und deren Sinn (Ziel) ²⁾ und Zweck versteht, als ein dem Wortlaut ebenbürtiges Auslegungselement. Der objektivierte Wille des Gesetzgebers soll aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und aus dem "Sinnzusammenhang" ermittelt werden ³⁾. Auch der Bundesgerichtshof ⁴⁾ legt bei der Auslegung wesentliches Gewicht auf die systematische Stellung des Gesetzes, den allgemeinen Aufbau des Gesetzes ⁵⁾, und dessen Zweck. Mithin sind sowohl der Sinnzusammenhang des § 1365 BGB (seine systematische Stellung) als auch sein Sinn und Zweck von erheblichem Einfluß auf seine Auslegung. Beide sind, wie insbesondere aus der Untersuchung der ratio des § 1365 BGB hervorgehen wird ⁶⁾, auch weitgehend voneinander abhängig.

Bei der Untersuchung des Sinnzusammenhanges interessiert zunächst das Verhältnis des § 1365 BGB zu dem in § 1364 BGB festgelegten Grundsatz der Verwaltungsfreiheit. Für die Ermittlung der ratio wird von Belang sein, inwieweit sich aus dem Gesetz ergibt, ob § 1365 BGB zur Sicherung des Zugewinnausgleichsanspruchs notwendig ist und welches Verhältnis zu Art. 6 Grundgesetz besteht. Schließlich ist zu prüfen, ob sich aus der systematischen Stellung der Norm Argumente für eine Berücksichtigung des Verkehrsschutzes ergeben.

1. Das Verhältnis zu § 1364 BGB

Gemäß § 1364 BGB verwaltet jeder Ehegatte sein Vermögen selbständig; er ist jedoch in der Verwaltung nach Maßgabe der dem § 1364 BGB folgenden Vorschriften beschränkt. § 1365 Abs. 1 BGB enthält mithin eine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz der Verwaltungsfreiheit.

1) BVerfGE Bd. 8, 274 ff., 307; Kronstein, *Ausgewählte Schriften*, Seite 87 f., 243; Jesch, JZ 1963, 234 Anm. 8; Bachof, JZ 1963, 697

2) BVerfGE Bd. 8, 307

3) BVerfGE Bd. 1, 299 ff. Leitsatz 2 und Seite 312

4) BGHZ Bd. 4, 123 ff., 128; über den Einfluß der ratio auch BGHZ Bd. 18, 44 ff., 49

5) BGHZ Bd. 4, 128

6) Dazu im einzelnen das folgende Kapitel § 6

Es besteht keine einheitliche Meinung darüber, welche Bedeutung dem Ausnahmecharakter einer Vorschrift für deren Auslegung zukommt. Das Reichsgericht ist davon ausgegangen, Ausnahmenvorschriften seien grundsätzlich "eng" auszulegen ¹⁾. Der Bundesgerichtshof hat sich in seinem Urteil vom 6. 11. 1953 zu § 22 a LitUrHG ²⁾ dieser Rechtsprechung angeschlossen. Er hat jedoch die enge Auslegung des § 22a LitUrHG nicht allein auf dessen Ausnahmecharakter, sondern insbesondere auch auf den "Leitgedanken" des Urheberrechts ³⁾ gestützt. In einem Urteil vom 18. 5. 1955 ⁴⁾ hat der gleiche Senat des Bundesgerichtshofes bei der Anwendung einer anderen Ausnahmebestimmung (§ 15 Abs. 2 LitUrHG) nicht mehr gefordert, die Norm sei grundsätzlich eng auszulegen; jedoch hat das Gericht ausgesprochen, die Vorschrift dürfe nicht über ihren eigentlichen Sinn und Zweck hinaus erstreckt werden. Diese Entscheidung zeigt, daß auch der Bundesgerichtshof lediglich von einer relativen Bedeutung des Ausnahmecharakters ausgeht. Nipperdey ⁵⁾ pflichtet der zuletzt genannten Entscheidung des Bundesgerichtshofes bei, indem er ausführt, daß singuläre Rechtssätze nicht zu allgemeiner analoger Anwendung geeignet seien, da sie das höhere Prinzip nicht aufheben, sondern nur für besonders geartete Fälle durchbrechen wollten ⁶⁾. Die Ansicht, die in der letztgenannten Entscheidung des Bundesgerichtshofes und von Nipperdey vertreten wird, scheint mir dem Wesen des Ausnahmecharakters am besten gerecht zu werden. Ihr wird deshalb gefolgt. Daraus ergibt sich, daß § 1365 BGB nicht eng ausgelegt werden muß; wohl aber ist die Norm grundsätzlich einer allgemeinen analogen Anwendung nicht zugänglich. Sie darf nicht über ihren eigentlichen Sinn und Zweck hinaus erstreckt werden. Bei der Ermittlung des Sinnes und Zweckes ist der Ausnahmecharakter zu berücksichtigen. Die ratio findet nämlich ihre Schranke in dem Prinzip der Verwaltungsfreiheit; sie darf nicht eine Interpretation der Norm bedingen, bei der dieses Prinzip beseitigt wird.

2. Das Verhältnis zu den übrigen Bestimmungen des gesetzlichen Güterstandes

a) Die Einfügung des § 1365 BGB in den gesetzlichen Güterstand

Es fällt auf, daß die Verwaltungsbeschränkungen in den gesetzlichen Güterstand eingegliedert sind, obwohl sie auch in den allgemeinen Teil des ehelichen Güter-

1) RGZ Bd. 153, 1 ff., 23 .

2) Abgedruckt in BGHZ Bd. 11, 135 ff., 143

3) aaO. Seite 143

4) Abgedruckt in BGHZ Bd. 17, 266 ff., 282

5) Enneccerus-Nipperdey, Bd. I, Seite 297, § 48 III 2

6) Zu dem Meinungsstreit ferner Enneccerus-Nipperdey aaO. Anmerkungen 6 bis 8

rechts natten aufgenommen werden können¹⁾, Diese Stellung der Norm scheint den Schluß zuzulassen, dem Gesetzgeber sei es besonders auf eine Sicherung des Zugewinnausgleichsanspruches angekommen, Diese Überlegung ist jedoch nicht überzeugend, Die Stellung des § 1365 BGB im Rahmen des gesetzlichen Güterstandes ist aus einem näherliegenden Grund verständlich, Dem Gesetzgeber mußte daran gelegen sein, die durch § 1365 BGB verfolgten Zwecke in dem Regelfall, den der gesetzliche Güterstand darstellt, zu erreichen, insbesondere in den Fällen, in denen sich die Ehegatten keine besonderen Gedanken um die güterrechtliche Ausgestaltung der Ehe machen, Es bestand aber kein Grund, die Vertragsfreiheit der Ehegatten soweit einzuschränken, daß die §§ 1365 und 1369 BGB für alle Ehegatten, gleichgültig in welchem Güterstand sie leben, verbindlich sind,

b) Verhältnis zu § 1365 Abs. 2 BGB

Nach § 1365 Abs. 2 BGB kann das Vormundschaftsgericht die Einwilligung des anderen Ehegatten ersetzen, wenn das Rechtsgeschäft den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Verwaltung entspricht und der andere Ehegatte sie ohne ausreichenden Grund verweigert, Aus dieser Vorschrift folgt, daß auch ordnungsgemäße Verwaltungshandlungen einwilligungsbedürftig sind, wenn auch die Einwilligung ersetzt werden kann, Ordnungsgemäß wird ein Rechtsgeschäft in der Regel sein, falls es wirtschaftlich vernünftig ist, Das trifft insbesondere zu, wenn es gegen Entgelt vorgenommen wird und das Entgelt die gleiche Sicherheit bietet wie das Recht, auf das eingewirkt werden soll, Deshalb ergibt sich aus § 1365 Abs. 2 BGB ein Indiz dafür, daß wirtschaftliche Gesichtspunkte im Rahmen des § 1365 Abs. 1 BGB nur eine untergeordnete Bedeutung haben und die Entgeltlichkeit eines Rechtsgeschäfts unbeachtlich ist,

c) Die §§ 1386 Abs. 2 und 1368 BGB

Aus dem Verhältnis des § 1365 BGB zu den §§ 1386 Abs. 2 und 1368 BGB ergibt sich, daß die Norm notwendig ist, um den Zugewinnausgleich zumindest in dem Sonderfall des § 1386 Abs. 2 BGB zu sichern²⁾, Gemäß § 1386 Abs. 2 BGB kann ein Ehegatte auf vorzeitigen Ausgleich des Zugewinns klagen, wenn der andere Ehegatte ein Rechtsgeschäft der in § 1365 BGB bezeichneten Art ohne die erforderliche Einwilligung vorgenommen hat und zu besorgen ist, daß die künftige Ausgleichsforderung erheblich gefährdet wird, Ware das den vorzeitigen Ausgleich veranlassende Rechtsgeschäft nicht nach § 1365 BGB unwirksam, so bestünde die Gefahr, daß eine Realisierung der Ausgleichsforderung scheiterte, weil durch die

1) Petermann Rtspl. 1960, 233 ff, warnt vor einer Überbewertung dieser Anordnung, ebenso Lorenz JZ 1959, 105

2) Glum Diss, Seite 9 f

verbotswidrig vorgenommene Verwaltungshandlung das ausgleichsfähige Vermögen beiseite geschafft worden wäre. Dem ausgleichsberechtigten Ehegatten mußte deshalb zur Sicherung seines Anspruches i. S. des § 1386 Abs. 2 BGB die Möglichkeit eingeräumt werden, von dem Dritten das veraußerte Vermögen gemäß § 1368 in Verbindung mit § 1365 BGB herauszuverlangen.

Zwar bestünde noch die Möglichkeit, daß der ausgleichsberechtigte Ehegatte seine Forderung über § 1390 BGB realisierte. Diese Vorschrift wird aber nur selten helfen, weil sie voraussetzt, daß der veräußernde Ehegatte unentgeltliche Zuwendungen in der Absicht vornimmt, den anderen Ehegatten zu benachteiligen. Zudem ist die Folge, daß der geschädigte Ehegatte Herausgabe nach dem Bereicherungsrecht verlangen kann, viel schwächer als die des § 1365 BGB in Verbindung mit § 1368 BGB. Mithin wird § 1386 Abs. 2 BGB erst durch die korrespondierenden Bestimmungen der §§ 1365, 1368 BGB sinnvoll 1).

3. Das Verhältnis zu Art. 6 Abs. 1 Grundgesetz

Der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft ist geschaffen worden, um das Grundrecht der Gleichberechtigung von Mann und Frau, wie es in Art. 3 Abs. 2 GG verankert ist, im Familienrecht zu verwirklichen. Für das Familienrecht ist von glei-

1) Lauterbach (Palandt Anm. 2 zu § 1365 BGB) glaubt aus den §§ 1364 ff BGB ein weiteres, für die Auslegung des § 1365 BGB bedeutsames Argument herleiten zu können. Er lehnt die Auffassung Rittners, § 1365 BGB sei nur erfüllt, wenn der Wille beider Parteien auf die Übertragung des Vermögens gerichtet sei, mit dem Hinweis ab, diese Auslegung lasse sowohl § 1365 Abs. 2 BGB als auch § 1367 BGB zwecklos erscheinen.

Rittner (FamRZ 1961, 13) wendet dagegen ein, die §§ 1365 Abs. 2 und 1367 BGB würden durch eine einschränkende Auslegung des § 1365 Abs. 1 BGB nicht gegenstandslos, sondern ihr Anwendungsbereich würde allenfalls auch verringert wie der des § 1365 BGB. Rittner ist zuzustimmen.

Der von Rittner als Fall des § 1365 Abs. 1 BGB anerkannte Hofübergabevertrag (aaO. S. 11) oder der Verkauf der das Vermögen ausmachenden Gegenstände gegen eine Leibrente können den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Verwaltung entsprechen. Damit kann aber auch die Ersetzung der Einwilligung durch das Gericht gemäß § 1365 Abs. 2 BGB notwendig werden.

Auch ist denkbar, daß bei einem einseitigen Rechtsgeschäft i. S. des § 1367 BGB (z. B. Auslobung oder Stiftung) der Wille des auslobenden oder stiftenden Ehegatten erkennbar auf die Übertragung seines ganzen Vermögens gerichtet ist. Auch § 1367 BGB wäre also nicht gegenstandslos. Demnach können diese Bestimmungen insoweit für die Interpretation des § 1365 BGB nicht nutzbar gemacht werden.

chen Bedeutung wie Art. 3 GG der Art. 6 GG. Nach Art. 6 Abs. 1 GG stehen Ehe und Familie unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung. Die Bedeutung des Art. 6 GG für die Auslegung des § 1365 BGB ist bis jetzt noch nur wenig erörtert worden¹⁾. Dabei ist Art. 6 GG zumindest programmatisch, als grundrechtliche Auslegungsregel, für die Interpretation des § 1365 BGB wichtig²⁾. Der Bundesgerichtshof³⁾ hat sogar erwogen, Art. 6 Abs. 1 GG gemäß Art. 1 Abs. 3 GG als unmittelbar anwendbares Recht zum Schutze des "Hauswesens"⁴⁾ heranzuziehen. Auch das Bundesverfassungsgericht mißt Art. 6 GG erhebliche Bedeutung zu. Es⁵⁾ führt aus,

1) Auf diesen Mangel weist besonders Mülke, AcP 161, 130, hin.

2) BVerfGE 7, 198 ff (JZ 1958, 119 ff, 120): "Dieses Wertsystem (des Grundgesetzes, ...) muß als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten. ... So beeinflußt es selbstverständlich auch das bürgerliche Recht; keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf in Widerspruch zu ihm stehen, jede muß in seinem Geist ausgelegt werden." Vgl. auch BGH JZ 1964, 95 ff

3) BGH JZ 1952, 688 f

4) Der Begriff ist von Coing, JZ 1952, 689 f, geprägt; dazu auch BGH NJW 1962, 1244 f

5) BVerfGE Bd. 6, 55 ff (Leitsatz 5 auf Seite 55), 71 f; BVerfGE Bd. 6, 386 ff, 388, wo das Gericht dem einzelnen aus Art. 6 GG ein Abwehrrecht gegen Staatsakte zubilligt; BVerfGE Bd. 10, 59 ff, 66

Von Mangold-Klein, Bd. 1 Anm. 3 a. E. zu Art. 6 GG, führt zur Bedeutung der Norm aus: "Entsprechend seiner Wirkung als Einrichtungsgarantie wirkt Abs. 1 aktuell-objektivrechtlich auch als Grundsatznorm und grundrechtliche Auslegungsregel für das gesamte auf Ehe und Familie bezügliche private und öffentliche Recht." An anderer Stelle (Anm. 7 aaO.) wird dargelegt, die Praxis des Rechtslebens habe in allen Bereichen der Staatsgewalt zu beobachten, daß den Rechtseinrichtungen Ehe und Familie sowohl aktuell-objektivrechtlich als auch programmatisch besonderer Schutz angedeihen solle und gegebenenfalls sei eher einmal zu Gunsten als zu Lasten von Ehe und Familie zu entscheiden. Auch Scheffler, Ehe und Familie, Beitrag in Die Grundrechte Bd. IV, 1. Halbband Seite 245 ff, setzt sich in diesem Sinne eingehend mit der Bedeutung des Art. 6 Abs. 1 GG auseinander. Sie weist darauf hin, Art. 6 Abs. 1 GG sei für die Rechtsprechung ein "verbindliches Auslegungsprinzip" (aaO. S. 254); der objektive Rechtsgehalt des Art. 6 GG sei von aller öffentlichen Gewalt zu wahren. Ähnlich äußert sich auch Hamann, Anm. A 1 und 2 zu Art. 6 GG. Zu diesem Problemkreis vgl. auch Kronstein, Ausgewählte Schriften, Seite 88.

der Artikel sei eine verbindliche und wertentscheidende Grundsatznorm für den gesamten Bereich des Ehe und Familie betreffenden privaten und öffentlichen Rechts,

§ 1365 BGB kann als eine Konkretisierung des in Art. 6 Abs. 1 GG aufgestellten Gebotes an den Staat, Ehe und Familie zu schützen, aufgefaßt werden ¹⁾. Die Vorschrift ist geeignet, den Vermögensbestand der beiden Ehegatten zu sichern, der wiederum als wirtschaftliche Grundlage der Familie dienen kann. Davon geht auch § 1360 BGB aus ²⁾. Mithin kann § 1365 BGB die wirtschaftliche Grundlage der Familie wahren helfen, die zu jenem Bereich gehört, der die äußere sachliche Voraussetzung für das gemeinsame Familienleben abgibt. Als Bestandteil dieses Bereichs wird die wirtschaftliche Grundlage von Art. 6 Abs. 1 GG erfaßt und genießt den uneingeschränkten Schutz der staatlichen Ordnung ³⁾, § 1365 BGB, der dem Ziel des Art. 6 GG demnach zu dienen geeignet ist, kann nur im Zusammenhang mit diesem Artikel verstanden werden.

Daraus folgt, daß die Vorschrift außer der Aufgabe, den Zugewinnausgleichanspruch des anderen Ehegatten zu sichern, das Ziel hat, die wirtschaftliche Grundlage der Familie ⁴⁾ zu gewährleisten. Das kann bedeutsam sein, wenn die Interessen der durch § 1365 BGB benachteiligten Beteiligten abgewogen werden. Der einzelne Ehegatte vertritt nur Individualinteressen. Die Familie stellt hingegen eine soziale Gemeinschaft und Zelle des Staatswesens dar. Ihre Interessen sind nach dem Willen des Grundgesetzes denen der Individuen vorzuziehen.

4. Das Verhältnis zu Bestimmungen, in denen den Interessen des Rechtsverkehrs Rechnung getragen wird

a) § 135 Abs. 1 und 2 BGB

Frank ⁵⁾ führt aus, der gutgläubige Dritte werde im Rahmen des § 1365 BGB nach § 135 Abs. 2 BGB geschützt, § 1365 Abs. 1 BGB enthalte ein relatives Veräußerungsverbot i. S. des § 135 Abs. 1 BGB zugunsten des anderen Ehegatten. Das folge daraus, daß in dem neuen Ehegüterrecht nicht eine dem § 1404 a. F. BGB entsprechende Bestimmung aufgenommen worden sei. Diese Meinung ist allseits auf Ablehnung gestoßen ⁶⁾. Sie ist mit dem Gesetz nicht vereinbar.

1) Mülke AcP 161, 129 f

2) Glum Diss., Seite 8

3) BGH JZ 1952, 688 f; Coing JZ 1952, 689 f

4) Unter "Familie" ist in diesem Zusammenhang grundsätzlich die in der Hausgemeinschaft geeinte engere Familie (Eltern und Kinder) zu verstehen: Scheffler a. a. O. Seite 252

5) NJW 1959, 135 f

6) U. a. Bärmann AcP 157, 145 ff, 160; Hartung NJW 1959, 1020 f; BGH JZ 1964, 130 ff

Nach § 135 Abs. 1 BGB sind Verfügungen, die gegen ein gesetzliches Veräußerungsverbot verstoßen, das nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt (also sogenannte "relative Veräußerungsverbote"), nur diesen Personen gegenüber unwirksam. Ein Verfügungsverbot in diesem Sinne stellt § 1365 BGB aber nicht dar und deshalb ist weder § 135 Abs. 1 noch Abs. 2 BGB anwendbar. Zwar könnte durch § 1365 BGB der Schutz des anderen Ehegatten sowie der anderen Familienmitglieder bezweckt sein. Wie sich aus § 1368 BGB ergibt, ist aber auch der handelnde Ehegatte berechtigt, die Unwirksamkeit der vinkulierten Verwaltungsmaßnahmen geltend zu machen. In seinem Interesse und zu seinem Schutz ist § 1365 BGB daher nicht in das Gesetz aufgenommen worden, denn die Beschränkung legt ihm eine oft unerwünschte Belastung auf. Daraus muß gefolgert werden, daß die ohne Einwilligung vorgenommenen Rechtsgeschäfte i. S. des § 1365 BGB absolut unwirksam sind. Zudem würde die Anwendung des § 135 Abs. 2 BGB auf § 1365 BGB wenig nutzen, weil die neben dem Verfügungsgeschäft vorgenommenen Verpflichtungsgeschäfte nicht von § 135 Abs. 1 BGB und damit auch nicht von § 135 Abs. 2 BGB erfaßt werden können. Die Verpflichtungsgeschäfte waren deshalb immer absolut unwirksam und das dem Dritten durch die Verfügungen Zugewendete konnte in den meisten Fällen kondiziert werden¹⁾. Mithin entfällt die Anwendbarkeit des § 135 Abs. 2 BGB und der durch ihn gewährleistete Gutglaubensschutz²⁾.

- 1) Dazu hat sich besonders Hartung, NJW 1959, 1020 f., eingehend geäußert. Hartung widerlegt auch die Ansicht Franks, der Vergleich der neuen gesetzlichen Regelung mit der in den §§ 1395 ff a. F. BGB, 1404 a. F. BGB zwingt dazu, § 1365 BGB zu den relativen Veräußerungsverboten zu zählen.
- 2) Da § 1365 BGB kein relatives Veräußerungsverbot darstellt, kann sich der Erwerber des aus Grundbesitz bestehenden Vermögens auch nicht auf § 892 Abs. 1 BGB berufen, § 892 BGB erfaßt nämlich nur sogenannte "relative Veräußerungsverbote", während der öffentliche Glaube des Grundbuchs nicht gegenüber Verfügungsbeschränkungen mit absoluter Wirkung nützt. (Staudinger Bd. III, 11. Aufl. Anm. 78, 79 und 86 zu § 892 BGB) Die Anwendung des § 892 BGB scheitert auch daran, daß § 1365 BGB nicht eintragungsfähig ist. Glum Diss., Seite 184. Dabei kann für das vorliegende Thema dahinstehen, ob es sich bei § 1365 Abs. 1 BGB um ein absolutes Veräußerungsverbot handelt - so BGH JZ 1964, 130 ff; Hartung NJW 1959, 1020; Glum Diss., Seite 183 - oder um ein Veräußerungsverbot eigener Art mit absoluter Wirkung - so Lauhoff, Diss., Seite 3 ff, 24 f -. In beiden Fällen ist weder § 135 BGB noch § 892 BGB anwendbar. Mülke, Diss., Seite 17 ff, sieht § 1365 BGB nicht als Veräußerungsverbot, sondern als zusätzliche Voraussetzung für die Wirksamkeit der betroffenen Rechtsgeschäfte an. Einen praktischen Vorteil bedeutet diese Bezeichnung - soweit ersichtlich - nicht. Es ist deshalb nicht einzusehen, warum von der bisher gebräuchlichen Terminologie abgewichen werden sollte. Auch Staudenmaier, Rtsplf. 1960, 385, sieht in § 1365 BGB kein Veräußerungsverbot, sondern eine Verfügungsunfähigkeit.

b) Vertrauensschutz und Verkehrsschutz

Denkbar ist ferner, daß sich ein Schutz des Geschäftspartners, der hinsichtlich der Befugnis des handelnden Ehegatten, über den Vertragsgegenstand zu verfügen oder sich insoweit zu verpflichten, gutgläubig ist, aus den Theorien zu dem Verkehrsschutzgedanken herleiten läßt.

Im Zivilrecht werden der gute Glaube und das Vertrauen des Dritten nur in Ausnahmefällen geschützt. (Vgl. z. B. die §§ 135 Abs. 2; 161 Abs. 2; 169; 170 bis 173; 370; 405; 932 f; 1984 Abs. 1 Satz 2; 2113 Abs. 3; 2211 Abs. 2 BGB; 5, 15 HGB; 17 WG; 7, 8 Abs. 2 und 3 KO). Eine diesen Bestimmungen entsprechende Regelung findet sich in § 1365 BGB nicht. Daraus ist grundsätzlich zu schließen, daß im Rahmen des § 1365 BGB ein Dritter nicht wegen seines guten Glaubens geschützt wird. Rechtsprechung und Lehre haben jedoch unter Heranziehung des in § 242 BGB zum Ausdruck kommenden Gedankens, daß ein Schuldverhältnis von dem Prinzip des "Treu und Glaubens" beherrscht sei, sowie in Anlehnung an weitere gesetzliche Bestimmungen das Vertrauen des Vertragspartners verschiedentlich auch dann im Interesse des Rechtsverkehrs berücksichtigt, wenn es an einer speziellen diesbezüglichen Vorschrift mangelte. Deshalb ist zu untersuchen, ob sich aus den von Rechtsprechung und Lehre herausgearbeiteten Grundsätzen für § 1365 Abs. 1 BGB etwas herleiten läßt. Als typische, bisher zu dem Problem herausgearbeitete Fälle können die sogenannte "Anscheinsvollmacht" sowie die Lehre von der sogenannten "Faktischen Gesellschaft" angesehen werden.

aa) "Anscheinsvollmacht":

Nach der Konstruktion der Anscheinsvollmacht wird der Dritte, der hinsichtlich der Vertretungsbefugnis eines sich als Vertreter Gerierenden gutgläubig ist, geschützt, wenn; ¹⁾

- mit ihm jemand kontrahiert, der sich als Vertreter eines anderen ausgibt;
- der Rechtsschein eines Bevollmächtigten entsteht;
- der angeblich Vertretene in der Lage ist, das Verhalten des Vertreters zu erkennen und er insoweit fahrlässig handelt;
- der angeblich Vertretene die Möglichkeit hat, das Auftreten des Scheinvertreters zu verhindern ²⁾.

Der Haftungsgrund liegt bei der Anscheinsvollmacht mithin darin, daß der Vertretene durch sein Verhalten den Rechtsschein veranlaßt und damit das berechnete Vertrauen des Geschäftsgeners "herausgefordert" hat ³⁾. Zwischen der Anscheinsvoll-

1) Staudinger Bd. I, Anm. 9 f bis 9 l zu § 167 BGB

2) Dazu auch Staudinger-Weber, Bd. II 1 b, 11. Aufl., Anm. A 203 ff zu § 242 BGB

3) Staudinger-Weber aaO. Anm. A 205 zu § 242 BGB

macht und dem Fall des § 1365 BGB bestehen insoweit wesentliche Unterschiede, die eine Übertragung der zu der Anscheinsvollmacht entwickelten Grundsätze unzulässig erscheinen lassen. Bei einem Schutz des gutgläubigen Dritten im Rahmen des § 1365 BGB würden der andere Ehegatte und die übrigen Familienmitglieder, denen der Schutz des § 1365 BGB gilt¹⁾, benachteiligt. Diese haben aber keinen Rechtsschein hervorgerufen, auf den sich der Dritte hätte verlassen können. Es fehlt mithin die Grundvoraussetzung, an die die Theorie von der "Anscheinsvollmacht" anknüpft.

Darüberhinaus findet die "Anscheinsvollmacht" nicht nur eine Stütze in dem allgemein gefaßten § 242 BGB, sondern auch in den speziellen Vorschriften des Vertretungsrechts - §§ 169 bis 173 BGB. Ein entsprechender Anhaltspunkt ist bei § 1365 BGB nicht vorhanden.²⁾

Schließlich ergibt sich aus § 1368 BGB, daß der handelnde Ehegatte selbst trotz seines entgegenstehenden früheren Verhaltens die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts geltend machen kann. Der Grundsatz des "venire contra factum proprium", der bei der Anscheinsvollmacht mit zum Tragen kommt³⁾, ist mithin im Rahmen des § 1365 BGB kraft Gesetzes durchbrochen. Eine Übertragung der bei der Anscheinsvollmacht erarbeiteten Grundsätze ist deshalb nicht zulässig.

bb) "Faktische Gesellschaft":

Ein weiterer Schutz des gutgläubigen Dritten findet sich in der Lehre von dem unter dem Stichwort "faktische Gesellschaft" bekanntgewordenen Rechtsinstitut.⁴⁾

Es wurde das Bedürfnis erkannt, bei einer Nichtigkeit von Gesellschaftsverträgen gutgläubigen Vertragspartnern der Gesellschaft nicht die Haftungsgrundlage zu entziehen, indem die Gesellschaft als mit ex-tunc Wirkung aufgelöst galt. Die Gefährdung des Rechtsverkehrs nach Invollzugsetzung der Gesellschaft sollte ver-

1) Dazu die obigen Ausführungen unter § 5 2 c und 3 sowie unten Kapitel § 6

2) Das würde m. E. allein genügen, um eine Anwendung des Gutgläubensschutzgedankens bei § 1365 BGB zu verneinen.

3) Staudinger-Weber aaO. Anm. A 203 ff zu § 242 BGB

4) Haupt, Faktische Vertragsverhältnisse, in Festschrift für H. Siber, Bd. 2, Seiten 8, 16; derselbe, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Seite 24 ff; derselbe, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. bearbeitet von Reinhard, Seite 71 f; Simitis, Seiten 107 ff. Sehr kritisch hat dazu Lehmann, NJW 1958, 1 ff, Stellung genommen. Lehmann kommt zwar auch zu einem Schutz des Rechtsverkehrs, aber nicht über ein besonderes Rechtsinstitut, die faktische Gesellschaft, sondern über Analogien zu Vorschriften des BGB und des HGB, aaO. Seite 3.

mieden werden ¹⁾. Auch im Innenverhältnis wurde die Aufrechterhaltung der Gesellschaft erstrebt ²⁾, um eine reibungslose Auseinandersetzung nach Gesellschaftsrecht zu ermöglichen. Die Aufrechterhaltung der Gesellschaft im Außenverhältnis, das hier vorwiegend interessiert, weil hauptsächlich in diesem Zusammenhang der Schutz des gutgläubigen Dritten erörtert wird, wird im allgemeinen auf das sogenannte "Verkehrsschutzprinzip" gestützt, das mehr oder weniger stark an das Gesetz angelehnt oder gelöst gesehen wird.

Ein großer Teil der Lehre lehnt sich an die aus den §§ 5, 15, 56, 123 Abs. 2 HGB, 218 AktG (der frühere § 311 HGB), 77 GmbHG und 97 GenG hergeleiteten Grundsätze über den "Rechtsschein" und die "öffentliche Erklärung" an ³⁾. Wesentlich für die Haftung ist nach dieser Theorie, daß die "benachteiligten Beteiligten" ⁴⁾ den Schein erweckt haben, wie Gesellschafter haften zu wollen ⁵⁾. Erforderlich ist mithin - wie bei der "Anscheinsvollmacht" -, daß derjenige, der durch den Schutz des gutgläubigen Dritten eine Einbuße erleidet, selber einen Rechtsschein erzeugt hat. Der durch § 1365 BGB geschützte andere Ehegatte und eventuell die anderen Familienmitglieder haben aber weder einen "Rechtsschein" hervorgerufen noch eine "öffentliche Erklärung" abgegeben. Deshalb kann die oben dargelegte Theorie bei § 1365 BGB nicht weiterhelfen.

Abweichend von der überwiegend in der Lehre vertretenen Meinung begründen der Bundesgerichtshof ⁶⁾ und Simitis ⁷⁾ das Bestehen der "faktischen Gesellschaft" mit einem vom Gesetz gelösten, eigenständigen Gedanken des "Verkehrsschutzes".

1) So bereits das Urteil des Reichsoberhandelsgerichts vom 12. 5. 1874, ROHG Bd. 15, Seiten 16 ff., 21

2) Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, Seite 42 ff

3) RGZ Bd. 145, 155 ff., 158 f.; Hueck, Das Recht der Offenen Handelsgesellschaft, Seite 42, 43 (Anm. 25, 26); Haupt, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Seite 24 ff.; derselbe, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. Seite 70 f.; Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, Seite 42 f.; HGB - RGRK Anm. 9 zu § 5 HGB; dazu die kritischen Ausführungen bei Simitis, Seiten 77, 84, 140 f., 153 f. und 167 ff

4) Der Ausdruck ist übernommen von Simitis aaO., Seite 239

5) Die Haftung wird nur bejaht, wenn die Erklärung oder die Erweckung des Rechtsscheins den Gesellschaftern zugerechnet werden kann. Das wird beim Minderjährigen verneint; RGZ Bd. 145, 155; BGHZ Bd. 17, 160 ff., 166 f.; Hueck, Recht der Offenen Handelsgesellschaft, Seite 42 f.; Esser, Lehrbuch des Schuldrechts, Seite 20; Siebert aaO., Seite 42 f.; Haupt aaO., 4. Aufl., Seite 72; Haupt, Faktische Verträge, Seite 31 weist darauf hin, die starke Stellung des Minderjährigen sei unbillig.

6) BGHZ Bd. 13, 320 ff., 324

7) Seite 157, 226 ff., insbesondere 232 f

Sie greifen nicht auf den 'Rechtsscheingedanken', sondern auf den Interessengegensatz 'benachteiligter beteiligter' Gesellschafter und gutgläubiger Vertragspartner (Gläubiger, sonstiger Dritter oder Mitgesellschafter) zurück¹⁾. Unter die Vertragspartner werden nicht nur Außenstehende, sondern auch die Mitgesellschafter gezählt²⁾. Nach diesen Grundsätzen mußte im Falle des § 1365 BGB geprüft werden, wessen Interessen vorgehen, die des geschützten Ehegatten oder die des gutgläubigen Dritten.

Der Bundesgerichtshof³⁾ hat dargelegt, Einschränkungen des Verkehrsschutzes seien insbesondere dort geboten, wo die rechtliche Anerkennung des tatsächlich geschaffenen Zustandes mit gewichtigen Interessen der Allgemeinheit oder einzelner schutzwürdiger Personen in Widerspruch treten, entscheidend soll sein, welches Gewicht den Interessen der Beteiligten nach den im Gesetz enthaltenen Wertungen zukommt. Deshalb wird der Minderjährigenschutz unter Berücksichtigung seiner besonderen gesetzlichen Stellung dem "Verkehrsschutz" vorgezogen⁴⁾. Zu prüfen ist, ob sich aus den §§ 1365 ff BGB wie bei dem Minderjährigenschutz ein Anhaltspunkt dafür ergibt, wessen Interessen vorzuziehen sind.

Für eine Berücksichtigung des Verkehrsschutzgedankens findet sich im Rahmen des § 1365 BGB - wie oben bei der "Anscheinsvollmacht" und der "Rechtsscheintheorie" dargelegt worden ist - keinerlei Stütze. Die Interessen des Dritten werden durch § 1368 BGB sogar ausdrücklich zurückgesetzt, indem auch der handelnde Ehegatte die Nichtigkeit geltend machen kann. Die Interessen des anderen Ehegatten und der Familie genießen im Gegensatz dazu - wie oben insbesondere zu Art. 6 GG ausgeführt worden ist - einen sehr starken Schutz. Daraus folgt, daß nach den im Gesetz enthaltenen Wertungen der beteiligten Interessen die der Familie und die des anderen Ehegatten vorzuziehen sind⁵⁾. Besonders bedeutsam ist dabei, daß

1) BGHZ Bd. 13, 324; Simitis, Seite 158, 226 ff, insbesondere 239 f

2) BGHZ Bd. 13, 324; Simitis Seite 233, 240 f

3) Bd. 3, 285 ff, 288; Bd. 17, 160 ff, 166

4) BGHZ Bd. 17, 160 ff, 166; in demselben Sinne hat der Bundesgerichtshof V. Zs. auch in dem Urteil vom 15. 5. 1963, NJW 1963, 1613 ff, entschieden, als er den Schutz des ausgesprochenen Rechtsträgers (Erbe, Nachkomme) dem des Rechtsverkehrs vorgehen ließ.

5) Auch unabhängig von der klaren gesetzlichen Wertung scheinen mir die Interessen der Familie und des anderen Ehegatten mindestens ebenso schutzwürdig wie die des gutgläubigen Geschäftspartners. Der andere Ehegatte wird in den meisten hier interessierenden Fällen wirtschaftlich schwächer und geschäftlich weniger gewandt sein als der handelnde Ehegatte. Auch wird er im allgemeinen die geschäftlichen Angelegenheiten des handelnden Ehegatten kaum in genügendem Maße übersehen können, um rechtzeitig Kenntnis davon zu erlangen, ob sein Ehegatte ein unter § 1365 BGB fallendes Geschäft plant. Besonders bei Spekula-

es sich bei § 1365 BGB um eine neue gesetzliche Vorschrift handelt und daß sich die Interessenlage, die sich dem Gesetzgeber bot, nicht geändert hat. Demnach kann auch die zu der "faktischen Gesellschaft" ergangene Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nicht herangezogen werden, um eine Berücksichtigung des Verkehrsschutzgedankens im Rahmen des § 1365 BGB zu rechtfertigen.

Eine Sicherung des gutgläubigen Dritten erscheint jedoch denkbar, wenn die von Simitis entwickelten Grundsätze zu der "faktischen Gesellschaft" auf die Fälle, die von § 1365 BGB erfaßt werden, übertragen werden. Simitis¹⁾ löst sich bei der Abwägung der Interessen der Beteiligten völlig vom Gesetz. Er räumt zwar ein,²⁾ daß dem Minderjährigen "nach der Ansicht des Gesetzes der Vorrang zukommt", mißt aber den Interessen "der Gläubiger, des Verkehrs als ihrer Gesamtheit, aber auch der Gesamtheit der übrigen Beteiligten an der Erhaltung des einmal entstandenen und wirkenden Unternehmens" den größeren Wert bei, falls die konkrete Interessenlage unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des jeweils gegebenen Gesellschaftstyps es erfordert³⁾. Der Minderjährigenschutz ist nach Simitis kein absoluter Nichtigkeitsgrund im Rahmen des Gesellschaftsrechts, weil er einen "essentiell-persönlichen" und nicht einen allgemeinen Nichtigkeitsgrund darstellt⁴⁾.

Zwar kann wegen Art. 6 GG zweifelhaft sein, ob es sich bei dem Schutz der wirtschaftlichen Grundlage der Familie um einen "essentiell-persönlichen" Schutz

Fortsetzung der Fußnote 5 von Seite 60:

5) tionsgeschäften und bewußt familienfeindlichen Geschäften wird er in der Regel keine Möglichkeit haben, die Interessen der Familie etwa dadurch zu wahren, daß er den Geschäftspartner des Ehegatten über die Einwilligungsbedürftigkeit des Rechtsgeschäftes informiert. Hingegen wird der Geschäftspartner des Ehegatten im allgemeinen in der Lage sein, den Charakter des Geschäftes sowie die beschränkte Verfügungsbefugnis des handelnden Ehegatten zu erkennen. Gerade bei den hier interessierenden, das Gesellschaftsrecht berührenden Fällen handelt es sich meist bei dem Geschäftspartner um geschäftlich versierte Personen. Zudem werden die in Frage kommenden Geschäfte meistens so bedeutsam sein, daß der Vertragspartner sich genau über den handelnden Ehegatten informiert. Im Geschäftsverkehr ist es schließlich heute üblich, bei Geschäften von einiger Bedeutung eine Auskunft bei einer Auskunft anzufragen. Auf diese Weise kann ohne große Kosten und Mühe Kenntnis von Personen-, Güter- und Vermögensstand erlangt werden.

1) Seite 157, 226 ff, 232 f

2) Seite 257

3) Seite 257, 257 Anm. 81, 258

4) Seite 256

handelt, um einen Schutz also, der sich ausschließlich auf die Interessen einzelner bezieht ¹⁾, oder um einen Schutz, der die 'Belange der Allgemeinheit, der Rechtsordnung überhaupt' ²⁾, zum Gegenstand hat und damit auch nach Simitis dem Verkehrsschutz vorgeht ³⁾. Immerhin handelt es sich bei der Sicherung der Familie nicht allein um den Schutz von Individualinteressen, sondern um den Schutz einer Zelle des sozialen Organismus ⁴⁾. Doch besteht die Möglichkeit, daß bei einem Zugrundelegen der Theorie von Simitis der Verkehrsschutzgedanke im Rahmen des § 1365 BGB zum Tragen kommt. Die zu der "faktischen Gesellschaft" von Simitis aufgestellten Grundsätze können m.E. aber nicht bei § 1365 BGB zu einer Berücksichtigung der Belange des gutgläubigen Dritten führen, weil insoweit die Wertung des Gesetzes eindeutig und diese Wertung verbindlich ist. Sie kann nicht durch ein eigenverbindliches Abwägen des Interessenkonfliktes ersetzt werden. ⁵⁾. Mithin kann der Verkehrsschutzgedanke nicht in die Fälle, die von § 1365 BGB erfaßt werden, eingeführt werden.

Aus der systematischen Stellung des § 1365 BGB folgt also, daß die Vorschrift als Ausnahmetatbestand einer allgemeinen analogen Anwendung nicht zugänglich ist; die Bestimmung ist zumindest im Fall des § 1386 Abs. 2 BGB zur Durchsetzung des Zugewinnausgleichsanspruchs erforderlich und untersteht als Norm, die die äußere sachliche Grundlage des gemeinsamen Ehe- und Familienlebens zu schützen geeignet ist, bei ihrer Auslegung der wertentscheidenden Grundsatznorm des Art. 6 Abs. 1 GG; für die Berücksichtigung des Verkehrsschutzgedankens findet sich kein Anhaltspunkt.

1) Seite 252

2) Seite 252 f

3) Seite 253: das wäre nicht zweifelhaft, wenn es sich nur um die kapitalistischen Interessen des anderen Ehegatten handelte.

4) Beitzke DB 1961, 22

5) Darauf weist insbesondere Kronstein, Neue Deutsche Wirtschaftliche Entscheidungen im Lichte des Amerikanischen Antitrustrechts, Ausgewählte Schriften, Seite 231 ff, 243 unter 2. hin. Auch Coing, NJW 1960, 1944, betont, daß die Auslegung an die in der Verfassung anerkannten überpositiven Werte gebunden sei.

In diesem Sinne können auch die Darlegungen Jeschs, JZ 1963, 243, verstanden werden, der davor warnt, den objektiven Sinn des Gesetzes durch die "(wirtschaftliche) Vernunft des Richters" verdrängen zu lassen.

§ 6

SINN UND ZWECK DES § 1365 ABS. 1 BGB

Die Bedeutung der *ratio legis* für die Auslegung einer Norm ist bereits zu Beginn des vorhergehenden Paragraphen miterörtert worden, Ergänzend sei hier vermerkt, daß Sinn und Zweck einer Vorschrift sogar erfordern können, die Auslegung über die Tragweise des unzweideutigen Wortlauts einer Norm hinaus zu erstrecken¹⁾. Die Abweichung von dem Wortlaut ist jedoch nur denkbar, wenn besonders schwerwiegende Gründe sie notwendig erscheinen lassen. In diesem Sinn sind wohl auch die unter Anm. 1 zitierten Literaturstellen zu verstehen.)

Sinn und Zweck einer Norm sind aus dem Gesetz unter Berücksichtigung der jeweiligen ethischen und sozialen Anschauungen sowie der wirtschaftlichen Bedürfnisse durch Abwägen der betroffenen Interessen zu ermitteln²⁾. Wichtig ist, daß die Auslegung zu einer teleologisch "vernünftigen" Lösung führt³⁾.

1. Literaturübersicht

In Literatur und Rechtsprechung bestehen unterschiedliche Auffassungen über den Sinn und den Zweck des § 1365 BGB. In der Mehrzahl der Stellungnahmen wird ausgeführt, Sinn und Zweck der Bestimmung seien, sowohl die Familiengrundlage als auch den Zugewinnausgleichsanspruch des anderen Ehegatten zu schützen⁴⁾.

- 1) RGZ Bd. 142, 40 f; BGHZ Bd. 2, 176 ff, 184; Enneccerus-Nipperdey, Bd. I, Seite 333 (§ 56 I 4); Staudinger Bd. I Einl. 57 f vor § 1 BGB; Bachof JZ 1963, 697 f und Jesch JZ 1963, 244; vgl. im übrigen zu der Bedeutung des Sinnes und Zweckes einer Norm Kronstein, Rechtsauslegung im wertgebundenen Recht, Gesammelte Schriften Seite 69 ff, 86, 89
- 2) Staudinger Bd. I Einl. 57 f vor § 1 BGB; Enneccerus-Nipperdey Bd. I Seite 334 f (§ 57 II 4, III und IV)
- 3) Staudinger aaO. Einl. 57 vor § 1 BGB
- 4) Erman, Anm. 1 zu § 1365 BGB; BGH-RGRK Anm. 3 zu § 1365 BGB; Palandt, Anm. 1 zu § 1365 BGB; Maßfeller, Das gesamte Familienrecht, Anm. 2 zu § 1365 BGB; Maßfeller-Reinicke, Anm. 1 zu § 1365 BGB; BGHZ FamRZ 1961, 302 ff, 303; OLG-Frankfurt, Rtspf. 1960, 290 f; OLG-Frankfurt NJW 1960, 2002 ff, 2003; LG-Itzehoe FamRZ 1959, 248; Bosch FamRZ 1958, 294; Haeghe Rtspf. 1959, 5; Knur, Probleme der Zugewinnsgemeinschaft, Seite 32; Lorenz JZ 1959, 105 f; Merdsche NJW 1958, 1730; Meyer-Solte FamRZ 1961, 364; Mulke AcP 161, 146; derselbe Diss. Seite 4; Müller-Freienfels JZ 1957, 692; Müller-Freienfels, Ehe und Recht, Seite 191 Anm. 2; Reinicke BB 1960, 1002; Schulz-Keresting JR 1959, 83; Sichtermann DB 1959, 163; Tiedau MDR 1961, 721; Weimar NJW 1959, 1470; Boehmer (zu § 1369 BGB) FamRZ 1958, 1 ff, 1, 3

Merkmale wird der Sinn und Zweck des § 1365 BGB ausschließlich im Schutz der wirtschaftlichen Grundlage der Familie gesehen ¹⁾).

Einige Autoren vertreten schließlich die Ansicht, die §§ 1365 ff BGB hätten lediglich den Zweck, den Ausgleichsanspruch des anderen Ehegatten zu schützen ²⁾.

Aus den Materialien zu dem Gleichberechtigungsgesetz folgt - wie oben unter § 4 dargelegt -, daß der Gesetzgeber durch die §§ 1365 ff BGB sowohl den Zugewinnausgleichsanspruch als auch die wirtschaftliche Grundlage der Familie schützen wollte.

2. Die Interessenlage

Durch § 1365 BGB werden die Interessen des an einem Zugewinnausgleich interessierten anderen Ehegatten und der auf ihre wirtschaftliche Grundlage angewiesenen Familie, des nach § 1364 BGB in der Verwaltung seines Vermögens grundsätzlich freien Ehegatten sowie des einen ungehinderten Geschäftsablauf erstrebenden Rechtsverkehrs berührt.

a) Der andere Ehegatte

Aus der systematischen Stellung des § 1365 BGB hat sich ergeben, daß die Norm im Falle des § 1386 Abs. 2 BGB notwendig ist, um den Zugewinnausgleichsanspruch des anderen Ehegatten zu schützen. § 1365 BGB ist aber nicht nur im Rahmen des § 1386 Abs. 2 BGB geeignet, den Ausgleichsanspruch zu sichern, sondern auch in den anderen Fällen, die von § 1365 BGB erfaßt werden. Die Vorschrift ermöglicht nämlich schlechthin, ein Beseitigen des ganzen Vermögens durch ein unter § 1365 BGB fallendes Rechtsgeschäft und die damit etwa beabsichtigte Vereitelung des Ausgleichsanspruchs zu verhindern. § 1365 BGB erhält aus dieser Schutzmöglichkeit einen Sinn und ein Ziel.

b) Die Familie

Sinn und Zweck des § 1365 BGB kann sich aber nicht in dem Schutz des Zugewinnausgleichsanspruchs erschöpfen ³⁾. Die Bestimmung ist nämlich völlig unabhängig

1) Breetzke in Krüger-Breetzke-Nowak, Anm. 1 zu § 1365 BGB; Fink in Erman, 2. Auflage (Nebenband), Anm. 1 zu § 1365 BGB; LC-Strausnau, FamRZ 1959, 291; LG-Siegen, FamRZ 1959, 64; LG-Wuppertal RRspr. 1960, 292; Koeniger DRiZ 1959, 372; Linderhaus Niederschrift RheinNotK 1960, 148 ff, 165 - zitiert nach Haegeler Rtspl. 1960, 272; Wöbelauer NJW 1960, 795, 797.

2) Eppig Diss. Seite 69 und 13, wo aber keine klare Stellung bezogen ist; Tiedau MDR 1959, 81; Ziege (zu § 1369 BGB) NJW 1957, 1579

3) Glum Diss. Seite 9

davon anwendbar, ob ein Zugewinn bei dem Ehegatten vorhanden ist und ob jemals ein Ausgleichsanspruch entstehen wird ¹⁾. Deshalb muß bereits aus diesem Grunde mit den Materialien ²⁾ davon ausgegangen werden, daß die Norm zusätzlich die Erhaltung der Familie bezweckt. Auch nur so ist verständlich, daß der handelnde Ehegatte selbst die Unwirksamkeit geltend machen kann. Schließlich folgt die Notwendigkeit, den Zweckgedanken derart zu erweitern, daraus, daß die Auslegung der Norm an Art. 6 Abs. 1 GG auszurichten ist, wie oben unter § 5, 3 dargelegt wurde. Nur wenn § 1365 BGB dem Schutz der Familie als sozialer Zelle des Staatswesens dient, ist dem in Art. 6 GG enthaltenen Auftrag an Gesetzgeber, Verwaltung und Rechtsprechung Folge geleistet. Als Zweck des § 1365 BGB ist somit auch die Sicherung der wirtschaftlichen Grundlage der Familiengemeinschaft anzusehen.

c) Verhältnis der beiden Zwecke zueinander

Fraglich ist, ob einem der beiden herausgearbeiteten Zwecke des § 1365 BGB der Vorrang zukommt. Das OLG-Frankfurt führt in dem Beschluß vom 7. 7. 1960 ³⁾ aus, der Zweck der §§ 1365 ff BGB bestehe in erster Linie in der Erhaltung des sachlichen Substrats der ehelichen Lebensgemeinschaft, als in der Sicherung der wirtschaftlichen Grundlage des Familienlebens und daneben in der Sicherung des etwaigen Zugewinnausgleichanspruches des anderen Ehegatten ⁴⁾. Diesen Ausführungen ist, zumindest soweit sie sich auf die Vorrangigkeit des Familienschutzgedankens beziehen, zuzustimmen. Aus mehreren Gesichtspunkten folgt nämlich, daß § 1365 BGB nur in zweiter Linie dazu bestimmt sein kann, den Zugewinnausgleichsanspruch des anderen Ehegatten zu schützen.

Zunächst ist für § 1365 BGB ohne Belang, ob ein Zugewinnausgleichsanspruch entstehen wird oder auch nur zu erwarten ist. Alsdann ist der Ausgleichsanspruch durch verschiedene weitere Vorschriften geschützt (§§ 1385 bis 1390 BGB). Schließlich hätte der rein obligatorische Ausgleichsanspruch des anderen Ehegatten nicht durch eine Norm mit derart einschneidenden Folgen, wie § 1365 BGB sie enthält, gesichert zu werden brauchen ⁵⁾. Eine relative Unwirksamkeit der vinkulierten Rechtsgeschäfte hätte ausgereicht. Zwar wäre bei relativer Unwirksamkeit die Anwendung

1) Der Zugewinnausgleichsanspruch entsteht grundsätzlich erst, wenn der Güterstand beendet ist (§ 1378 Abs. 1 und 3 BGB).

2) Oben unter § 4, 3

3) Rtspl. 1960, 289 ff, 290 f

4) Dergleichen Ansicht sind u. a.: Haegeler Rtspl. 1959, 5; Lorenz JZ 1959, 105 f; Mülke AcP 161, 129 f; Petermann (für § 1369 BGB) Rtspl. 1960, 233; Weimar NJW 1959, 1479; wohl auch der BGH FamRZ 1961, 303

5) Petermann, Rtspl. 1960, 233; Lorenz JZ 1959, 105

der Gutgläubensvorschriften über § 135 Abs. 2 BGB in Betracht gekommen. Soweit sie aber nicht hätten zum Zuge kommen sollen, wäre es leicht gewesen, sie gesetzlich auszuschließen. Auch hätte dem handelnden Ehegatten nicht das Recht zuerkannt zu werden brauchen, die Unwirksamkeit geltend zu machen.

Die Sicherung der wirtschaftlichen Familiengrundlage ist somit der Hauptzweck des § 1365 BGB; er ist für die Interpretation entscheidend, soweit es auf die ratio ankommt.

d) Konkretisierung des Zweckgedankens

Das OLG-Frankfurt hat - wie oben bereits erwähnt - in dem Beschluß vom 7. 7. 1960 dargelegt, der Zweck des § 1365 BGB bestehe in erster Linie in der Erhaltung des "sachlichen Substrats" der ehelichen Lebensgemeinschaft. Im gleichen Sinne äußert sich Linderhausl¹⁾; er betont, Aufgabe des § 1365 BGB könne nur sein, nicht den Wert des Vermögens im ganzen zu erhalten, sondern die Substanz. Es ist zuzugeben, daß diese Ansicht in der ratio des § 1365 BGB eine Stütze findet. Die Vermögensgrundlage der Familie kann nämlich grundsätzlich durch Substanzveränderungen gefährdet werden, wie insbesondere unten unter § 9, 2a und b zu zeigen sein wird. Es liegt deshalb nahe, im Interesse des Familienschutzes jede Substanzveränderung als einwilligungsbedürftig anzusehen, um den anderen Ehegatten bei jeder potentiellen Gefährdung der wirtschaftlichen Grundlage im Rahmen des § 1365 BGB einzuschalten. Für die Fälle, in denen der andere Ehegatte die Einwilligung verweigert, obwohl keine konkrete Gefährdung der wirtschaftlichen Familiengrundlage durch die Substanzveränderung zu befürchten ist, kann das Vormundschaftsgericht gemäß § 1365 Abs. 2 BGB eingreifen. Trotz dieser Überlegung kann jedoch nicht übersehen werden, daß es nach der ratio des § 1365 BGB nicht primär auf eine Substanzsicherung ankommen kann, sondern auf die Sicherung des Wertes der wirtschaftlichen Vermögensgrundlage. Für die Existenz der Familie ist nämlich in erster Linie der Wert des Vermögens und nicht dessen substantielle Zusammensetzung entscheidend. Die Wertsicherung wird aber nur mittels einer Substanzsicherung wirksam durchgeführt werden können: insoweit ist die Substanzsicherung doch mittelbar als Ziel der Norm anzusehen.

e) Der handelnde Ehegatte und der Rechtsverkehr

Die Interessen des handelnden Ehegatten werden durch § 1365 BGB bewußt zurückgedrängt, weil es sich dabei um eine Ausnahme des in § 1364 BGB enthaltenen Grundsatzes der Verwaltungsfreiheit handelt. Auch für die Berücksichtigung der Belange des Rechtsverkehrs findet sich - wie oben unter § 5, 4 ausgeführt, kein Anhaltspunkt im Gesetz. Zu erörtern ist aber, ob sich nach der ratio der Norm

1) Niederschrift RheinNotK 1960, 148, 165; zitiert nach Haegele Rtsplf. 1960, 272

nicht zumindest eine negative Abgrenzung der Tragweite des § 1365 BGB hinsichtlich der Verwaltungsfreiheit des handelnden Ehegatten und des Verkehrsschutzes ergibt.

Eingangs dieses Kapitels (§ 6) wurde erwähnt, die ratio des § 1365 BGB sei unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedürfnisse und durch Erstreben eines vernünftigen Ergebnisses zu ermitteln. Eine Auslegung des § 1365 BGB, die zu einer Beseitigung des Prinzips der freien Vermögensverwaltung des Ehegatten führen würde, wäre mit dem sich aus § 1364 BGB ergebenden Grundgedanken des gesetzlichen Güterstandes nicht vereinbar. Die Interpretation müßte als unvernünftig und damit mit Sinn und Zweck des § 1365 BGB unvereinbar angesehen werden.

Zweifellos stellt die völlige Außerachtlassung der Interessen des Rechtsverkehrs eine erhebliche Belastung der wirtschaftlichen Bedürfnisse des Rechtsverkehrs dar. Deshalb sieht ein großer Teil der Rechtsprechung und Lehre den guten Glauben des Dritten zumindest insoweit geschützt, als der Dritte nicht wußte, daß der handelnde Ehegatte ein Rechtsgeschäft über das "Vermögen im ganzen" schließt. (Die Theorie wird als "subjektive Theorie" bezeichnet und lehnt sich an § 419 BGB an; sie unterscheidet sich von der Theorie Rittners dadurch, daß nicht verlangt wird, daß die Parteien ein Geschäft über das Vermögen "wollen"; es genügt, daß sie das Betroffensein des ganzen Vermögens "kennen")¹⁾ Dieser Ansicht steht eine andere Auffassung gegenüber, die § 1365 BGB allein als Familienschutzvorschrift gelten lassen will und deshalb die Schwierigkeiten des Rechtsverkehrs völlig außer acht läßt (objektive Theorie).²⁾ Trotz der Belastung des Rechtsverkehrs kann nicht übersehen werden, daß nach § 1365 BGB allein der Familienschutz bedeutsam ist. Der Schutz dieser "Zelle des sozialen Organismus"³⁾ ist durch Art. 6 Abs. 1 GG so stark ausgeprägt, daß er den Verkehrsschutzgedanken als Wahrer individueller und vermögensmäßiger Interessen völlig überschattet⁴⁾. (Die gleiche Wirkung kommt hingegen dem sekundären Zweck des § 1365 BGB, die Sicherung des Zugewinnausgleichsanspruchs des anderen Ehegatten, nicht zu, weil auch insoweit nur individuelle und vermögensmäßige Interessen gegeben sind.) Jedoch erschöpft sich der Familienschutz zweck des § 1365 BGB, wie sich aus dessen Fassung ergibt, darin, die wirtschaftliche Grundlage der Familie gegen Rechtsgeschäfte über "das Vermögen im ganzen" zu schützen. Die ratio der Bestimmung kann nämlich inso-

1) Dazu die bei Mülke AcP 161, 149 unter Anm. 48 angegebene Literatur sowie unten unter § 18

2) Dazu die bei Mülke aaO. S. 150 unter Anm. 49 angegebene Literatur sowie unten unter § 18

3) Beitzke DB 1961, 22

4) Knur, Probleme der Zugewinnsgemeinschaft, Seite 33; Beitzke JR 1961, 342 f.; Bosch, FamRZ 1957, 195; Baur FamRZ 1958, 257

weit nicht losgelöst von ihrer Fassung gesehen werden ¹⁾. Wenn eine Interpretation der Vorschrift zu einer Einschränkung der Verwaltungsfreiheit über die Gesamtvermögensgeschäfte hinaus führte, so würden in diesem Falle die wirtschaftlichen Bedürfnisse des Rechtsverkehrs über das zulässige Maß beeinträchtigt. Deshalb wurden die Interessen des Rechtsverkehrs eine restriktive Auslegung erfordern.

f) Zusammenfassung

Nach dem Sinn und Zweck des § 1365 BGB ist mithin in erster Linie die wirtschaftliche Vermögensgrundlage der Familie geschützt ²⁾, in zweiter Linie der Ausgleichsanspruch des anderen Ehegatten.

Die Sicherung des Vermögenswertes wird durch einen Substanzschutz erreicht.

Soweit die Verwaltungsfreiheit des handelnden Ehegatten durch eine entsprechende Auslegung des § 1365 BGB praktisch beseitigt würde, ist eine restriktive Interpretation angebracht; das gleiche gilt, wenn der Rechtsverkehr über die Beschränkung der Gesamtvermögensgeschäfte hinaus beeinträchtigt würde.

§ 7

DER VERGLEICH MIT ÄHNLICHEN BESTIMMUNGEN

Ähnliche Bestimmungen des Zivilrechts sowie des ausländischen Rechts können aus zwei Gründen herangezogen werden, um die Auslegung zu ermöglichen oder zu erleichtern. Einmal kann die Ausdrucksweise des § 1365 Abs. 1 BGB in anderen Bestimmungen wiederkehren. Die dort herausgearbeitete Interpretation kann als Vorbild für die Auslegung der betroffenen Ausdrücke dienen ³⁾. Ein Vergleich kann in diesem Rahmen auch helfen festzustellen, ob die Auslegung einer Norm zu unver-

1) Glum Diss. Seite 42

2) Die ratio läßt eine analoge Anwendung des § 366 HGB bei einer Veräußerung oder Verpfändung des gesamten Vermögens durch einen Ehegatten im Betrieb seines Handelsgewerbes nicht zu. Nach § 366 HGB finden die Vorschriften des BGB zugunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, dann Anwendung, wenn ein Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes eine ihm nicht gehörige Sache veräußert oder verpfändet. Da § 1365 BGB auf die dem Ehegatten gehörigen Sachen abstellt, ist eine unmittelbare Anwendung der Vorschrift ausgeschlossen.

3) BGHZ FamRZ 1961, 302 ff, 304: dort wird ausgeführt, bei der Auslegung des Begriffes "Vermögen im ganzen" könne unbedenklich von den Grundsätzen ausgegangen werden, die in der Rechtsprechung zum Begriff der Vermögensübernahme i. S. des § 419 BGB entwickelt worden seien.

nünftigen oder untragbaren Ergebnissen führt oder eine Gesetzeslücke vorliegt ¹⁾).

Zum anderen kann auf ähnliche Bestimmungen zurückgegriffen werden, wenn sich in § 1365 BGB eine Gesetzeslücke finden sollte, die durch analoge Anwendung auszufüllen ist ²⁾.

Andere Bestimmungen können jedoch nur herangezogen werden, wenn sie mit § 1365 BGB Gemeinsamkeiten aufweisen. Die Ähnlichkeit der Vorschriften muß sich insbesondere zeigen in
den Tatbeständen,
den Rechtsfolgen und
den Gesetzeszwecken ³⁾.

Nach diesen Kriterien ist zu überprüfen, welche Normen für die Auslegung des § 1365 BGB von Wert sein können.

1. Die §§ 1444 a.F. und 1423 n.F. BGB ⁴⁾

Dem § 1444 a.F. BGB ist nach den Erläuterungen zu dem Regierungsentwurf ⁵⁾ § 1365 BGB nachgebildet worden. Im Tatbestand gleichen sich beide Vorschriften weitgehend. Jedoch setzt § 1444 a.F. BGB eine Gesamthandsgemeinschaft voraus, während § 1365 BGB von der Gütertrennung ausgeht. Die Rechtsfolgen beider Vorschriften sind gleich ⁶⁾. Der Zweck des § 1444 a.F. BGB bestand darin zu verhindern, daß der "Gütergemeinschaft das Substrat und der Frau ihre Rechte am Gesamtgut zum einseitigen Vorteil des Mannes" entzogen wurden ⁷⁾. Auch die Zielsetzung beider Normen ist mithin ähnlich. Auf § 1444 a.F. BGB kann also bei der Auslegung des § 1365 BGB zurückgegriffen werden.

Diese Feststellung hilft aber kaum weiter, weil zu § 1444 a.F. BGB nur wenige im Rahmen des § 1365 BGB verwertbare Entscheidungen ergangen sind. Es ist auch nur

1) Mülke, AcP 161, 153, übersieht den Wert einer vergleichenden Heranziehung ähnlicher Bestimmungen in der oben dargestellten Form. Er will eine ähnliche Norm nur heranziehen, wenn eine Gesetzeslücke festgestellt ist und eine Analogie erforderlich wird.

2) Staudinger Bd. I Einl. 67 f vor § 1 BGB

3) Lorenz JZ 1959, 105 f

4) Glum Diss. Seite 16

5) Drucksache aaO. 224, Seite 41

6) Siehe dazu die §§ 1444, 1396 Abs. 1 und 3, 1397, 1398 a.F. BGB und die §§ 1365 bis 1367 n.F. BGB

7) RGZ Bd. 94, 314 ff, 317; Staudinger Bd. IV 1. Teil, 9. Aufl., Anm. 1 zu § 1444 a.F. BGB; BGB-RGRK Bd. IV, 9. Aufl., Anm. 1 zu § 1444 a.F. BGB

wenn andere Literatur vorhanden, von Interesse sind insbesondere zwei Entscheidungen des Reichsgerichts. In RGZ Bd. 54 Seite 282 ff spricht das Reichsgericht aus, eine Bürgschaft falle nicht unter den Verfügungsbegriff und werde deshalb nicht von § 1444 a. F. BGB berührt ¹⁾.

In der Entscheidung in Bd. 94 Seiten 314 ff, 316 f weist das Reichsgericht darauf hin, die §§ 311 und 1444 seien nicht vergleichbar, § 311 BGB enthalte eine Formvorschrift, die Geschäfte von besonderer Bedeutung erschweren und vor Übereilung schützen sollte. § 1444 BGB sei hingegen seinem Zweck zufolge materiell-rechtlicher Natur. Deshalb müsse "für die Gültigkeit eines ohne Einwilligung des anderen Gütergemeinschaftsgenossen geschlossenen Vertrages ohne Bedeutung sein, wenn in dem Vertrag, aus dem ersichtlich sei, daß er das Gesamtgut im ganzen zum Gegenstand habe, auch noch die einzelnen, das Gesamtgut ausmachenden Vermögensbestandteile aufgezählt seien" (Seite 317). Aus dieser Entscheidung, besonders aus den Worten "aus dem ersichtlich sei", wird von einigen Autoren gefolgert, das Reichsgericht habe für § 1444 a. F. BGB die Kenntnis der Vertragspartner von dem Betroffensein des gesamten Vermögens gefordert.²⁾ Dabei wird jedoch übersehen, daß das Reichsgericht zu der subjektiven Seite keine Stellung zu nehmen brauchte und die Kenntnis der Parteien, die zufällig vorhanden war, mehr beiläufig erwähnte.

§ 1423 n. F. BGB entspricht § 1444 a. F. BGB und kann deshalb ebenfalls zur Auslegung herangezogen werden. Jedoch mangelt es hier völlig an geeigneter Rechtsprechung und Literatur.

2. § 311 BGB ³⁾

Die Tatbestände der § 311 und 1365 BGB weisen Unterschiede auf. § 311 BGB erfaßt nur Verpflichtungsgeschäfte, die eine Vermögens- oder Vermögensbruchteilsübertragung oder eine Nießbrauchbestellung zum Gegenstand haben. Verlangt wird die gerichtliche oder notarielle Beurkundung. Hingegen erfaßt § 1365 mit § 1367 BGB alle einseitigen und zweiseitigen Verpflichtungsgeschäfte, die sich auf Verfügungen über die das Vermögen - nicht Vermögensbruchteile - ausmachenden Gegenstände beziehen. Verlangt wird die Einwilligung des anderen Ehegatten.

Auch die Rechtsfolgen sind verschieden. Eine Verletzung der nach § 311 BGB erforderlichen Form führt zur Nichtigkeit (§ 125 BGB). Falls die nach § 1365 BGB erforderliche Einwilligung fehlt, ist das zweiseitige Verpflichtungsgeschäft schwebend unwirksam. Der Mangel kann durch eine wirksam vorgenommene Verfügung geheilt werden.

1) Insbesondere die Seiten 284 f

2) Lorenz JZ 1959 106 (besonders Anm. 11); Planck-Unzner, IV. Bd. 1. Hälfte, Anm. 1 zu § 1444 BGB; Tiedau DNotZ 1961 Anhang Seite 105; Obermüller BB, 1958, 535

3) Glum Diss, Seite 12

Am meisten divergieren die Zwecke der Vorschriften. Durch die Formvorschrift des § 311 BGB "soll der Vermögensinhaber, der oft keine sichere Vorstellung über den Umfang der von ihm eingegangenen Verpflichtungen hat, vor übereilten und unüberlegten Handlungen geschützt werden" ¹⁾. Hingegen bezweckt § 1365 BGB den Schutz Dritter, des anderen Ehegatten und der Familie, davor, daß das Vermögen beseitigt und dadurch die wirtschaftliche Vermögensgrundlage gefährdet und der Zugewinnausgleichsanspruch vereitelt wird. § 311 BGB ist eine rein formell-rechtliche Vorschrift, während § 1365 BGB eine materiell-rechtliche darstellt. Die Normen können deshalb nicht als ähnlich angesehen werden. Eine Auslegung des § 1365 BGB mit Hilfe des § 311 BGB ist abzulehnen ²⁾.

3. § 1822 Nr.1 BGB ³⁾

Der Ausschlußbericht hat sich auf § 1822 Nr.1 BGB bezogen, als er zu der subjektiven Theorie Stellung nahm ⁴⁾. Die beiden Vorschriften stimmen weitgehend in den Tatbeständen überein. § 1822 Nr.1 BGB erfaßt jedoch im Gegensatz zu § 1365 BGB nur Verpflichtungsgeschäfte. Die Rechtsfolgen entsprechen sich ⁵⁾. Sinn und Zweck des § 1822 Nr.1 BGB muß als umstritten angesehen werden, seitdem der Bundesgerichtshof in dem Urteil vom 28.1.1957 ⁶⁾ die Vorschrift dem § 311 BGB gleichgestellt hat. Der Bundesgerichtshof hat seine Ansicht - soweit ersichtlich - nicht begründet. Unter Bezugnahme auf § 311 BGB führt das Gericht aus, § 1822 Nr.1 BGB erfasse nur solche Verträge, bei denen der Wille beider Vertragsparteien auf eine Verpflichtung zur Übertragung des gesamten gegenwärtigen Vermögens einer Partei gehe ⁷⁾. Der Entscheidung des Bundesgerichtshofes kann, wie insbesondere G. und D. Reinicke ⁸⁾ in einer Anmerkung zu der Entscheidung dargelegt haben, nicht gefolgt werden. Während § 311 BGB eine reine Formvorschrift, die vor

1) BGB-RGRK Bd.I, 2.Teil, 11.Aufl. Anm.1 zu § 311 BGB; Soergel-Siebert Bd.I, 9.Aufl., Anm.1 zu § 311 BGB; RGZ Bd.94, 314; BGHZ Bd.25, 2 ff, 4 f

2) Glum Diss. Seite 13

Koeniger DRiZ 1959, 372, bemerkt hingegen, § 311 BGB sei "auf § 1365 anzuwenden". Er beruft sich dabei überraschenderweise auf RGZ Bd.94, 317, wo das Reichsgericht festgestellt hat, § 311 BGB sei dem § 1444 BGB - dem § 1365 BGB auch nach Koeniger nachgebildet ist. aaO. Seite 374 - nicht ähnlich.

3) Glum Diss. Seite 13 f; Rittner FamRZ 1961, 3 f

4) Drucksache aaO, 3409 Anlage Seite 6

5) Für § 1822 Nr.1 BGB: §§ 1829, 1831 BGB

6) FamRZ 1957, 121 f und DNotZ 1957, 503 f

7) Ebenso Palandt, Anm.2 zu § 1822 BGB; Rittner FamRZ 1961, 4

8) DNotZ 1957, 506 ff

übereilten Handlungen des Vertragsschließenden schützen soll, darstellt, bezweckt § 1822 Nr. 1 BGB ebenso wie § 1444 a. F. BGB den Schutz eines Dritten¹⁾. Sinn und Zweck der §§ 311 und 1822 Nr. 1 BGB sind mithin nicht vergleichbar. Damit kann auch nicht von einer Ähnlichkeit der Bestimmungen die Rede sein. Hingegen nähert sich die ratio des § 1822 Nr. 1 BGB der des § 1444 a. F. BGB und damit auch der des § 1365 BGB. Jedoch geht der Schutzgedanke des § 1365 BGB über den des § 1822 Nr. 1 BGB noch hinaus, weil in § 1365 BGB die wirtschaftliche Grundlage der Familie als sozialer Institution gesichert wird, während in § 1822 Nr. 1 BGB nur die Vermögensinteressen einer Einzelperson gewahrt werden.

§ 1822 Nr. 1 BGB gleicht somit weitgehend dem § 1365 BGB und kann deshalb zu dessen Auslegung herangezogen werden. Die zu § 1822 Nr. 1 BGB ergangene, für § 1365 BGB interessante Entscheidung des Bundesgerichtshofes kann jedoch - wie oben dargelegt - nicht verwendet werden, weil sie dem Wesen des § 1822 Nr. 1 BGB und damit auch dem des § 1365 BGB nicht gerecht wird²⁾.

4. § 419 BGB

Auf § 419 BGB wird häufig zurückgegriffen, um die für § 1365 BGB maßgebliche Bedeutung des Vermögensbegriffes zu erkennen³⁾ und um zu beweisen, daß die "subjektive Theorie" auch für § 1365 BGB maßgeblich sei⁴⁾. Mehrfach ist jedoch auch darauf hingewiesen worden, daß Parallelen zu § 419 BGB kaum gezogen werden können⁵⁾.

Der Tatbestand des § 419 BGB setzt voraus, daß ein Dritter das Vermögen des Veräußerers übernimmt. Der Tatbestand des § 1365 Abs. 1 BGB ist viel weiter gefaßt. Gemeinsam ist im Tatbestand nur, daß sich die von den beiden Normen betroffenen Rechtsgeschäfte jeweils auf das Vermögen eines Rechtssubjekts beziehen müssen. Die Rechtsfolgen der Normen weichen erheblich voneinander ab. Die unter § 419 BGB fallenden Rechtsgeschäfte sind wirksam, verursachen aber eine kumulative Schuldübernahme. Rechtsgeschäfte i. S. des § 1365 BGB sind hingegen ohne

1) Ebenso OLG-Hamm FamRZ 1959, 166 f

2) Eppig Diss. Seite 57 ff, 59 f

3) BGHZ FamRZ 1961, 304

4) Erman, Anm. 4 zu § 1365 BGB; Maßfeller-Reinicke, Anm. 2 zu § 1365 BGB; Palandt, Anm. 2 zu § 1365 BGB; BGB-RGRK Bd. IV, 10. und 11. Aufl. Anm. 13 zu § 1365 BGB; Boesebeck DB 1958, 1147; Finke MDR 1957, 14 f; OLG-Frankfurt NJW 1960, 2002; OLG-Hamm Rtspl. 1960, 227 f

5) Eppig Diss. Seite 53 bis 56; Glum Diss. Seite 18 f; Beitzke DB 1961, 22; Knur, Probleme der Zugewinnngemeinschaft, Seite 32; Lorenz JZ 1959, 106; Mülke AcP 161, 152 f; Rittner FamRZ 1961, 3; Weimar NJW 1960, 2002; Wörbelauer NJW 1960, 794

Einwilligung des anderen Ehegatten (schwebend) unwirksam.

Auch Sinn und Zweck der Bestimmungen sind verschieden, Durch § 419 BGB soll gewährleistet werden, daß die Gläubiger dort Befriedigung finden können, wo das Vermögen des Schuldners bleibt ¹⁾. Das Vermögen wird als die natürliche Grundlage für den dem Schuldner gewährten Kredit angesehen. Eine Gemeinsamkeit mit dem Zweck des § 1365 BGB kann zwar darin gesehen werden, daß das Vermögen bei dieser Norm als Grundlage der Existenz der Familie anzusehen ist. Jedoch liegt auch insoweit ein Unterschied vor, als für die Gläubiger allein die jeweilige Verwertbarkeit des Vermögens entscheidend ist, während es zur Erhaltung der Familie mehr auf die Ertragsfähigkeit des Vermögens sowie auf dessen potentielle Verwertbarkeit ankommt.

Eine wesentliche Verschiedenartigkeit der Zwecke der beiden Vorschriften liegt darin, daß § 1365 BGB zur Sicherung unbeteiligter Dritter geschaffen ist, während § 419 BGB vorwiegend Kreditgeber, also Vertragspartner des Übertragenden, schützen will. § 419 BGB hilft ausschließlich, individuelle und materielle Interessen durchzusetzen; durch § 1365 BGB wird hingegen primär die Erhaltung einer sozialen Zelle des Staates und der Gesellschaft, nämlich der Familie, erstrebt. Materielle Individualinteressen, der Ausgleichsanspruch des anderen Ehegatten, die als gleichrangig mit den Interessen der Gläubiger anzusehen sind, werden dagegen nur an zweiter Stelle geschützt. Deshalb geht der Zweck des § 1365 BGB wesentlich und in entscheidendem Maße weiter als der des § 419 BGB.

§ 419 BGB kann mithin wegen der grundsätzlichen Abweichungen der Normen voneinander zur Auslegung des § 1365 BGB nicht herangezogen werden. Lediglich für die Bestimmung des Vermögensbegriffes kann unter Berücksichtigung der auch insoweit vorhandenen Differenzen auf § 419 BGB zurückgegriffen werden ²⁾.

Zu dem Vermögensbegriff werden in Rechtsprechung und Literatur im Rahmen des § 419 BGB im wesentlichen nur in einem Punkt verschiedene Ansichten vertreten; bei der Frage, ob der streng juristische Vermögensbegriff (Aktiv- oder Bruttovermögen) oder ein durch wirtschaftliche Betrachtungsweise gemilderter juristischer Vermögensbegriff zugrundezulegen ist. Klarheit besteht heute wohl darin, daß grundsätzlich von dem juristischen Vermögensbegriff auszugehen ist ³⁾. Einig ist

1) BGB-RGRK Bd. I, 2. Teil, 11. Aufl., Anm. 1 zu § 419 BGB; Soergel-Siebert Anm. 1 zu § 419 BGB

2) BGH FamRZ 1961, 304 f

3) RGZ Bd. 69, 283 ff, 285 - 288; Bd. 80, 257 ff, 260; Bd. 82, 273 ff, 277; Bd. 92, 77 ff, 85; Bd. 134, 121 ff, 124; Bd. 137, 50 ff, 52; BGHZ NJW 1958, 667; BGHZ FamRZ 1961, 304 f; Enneccerus-Lehmann, Bd. II, Seite 346 (§ 86 II 1 b); BGB-RGRK Bd. I 2. Teil 11. Aufl. Anm. 1 und 11 zu § 419 BGB; Erman Anm. 3 zu § 419 BGB; Palandt Anm. 1 und 2a zu § 419; Soergel-Siebert Bd. I Anm. 4 zu § 419 BGB; Staudinger Bd. II 1. Teil, 9. Aufl. Anm. I 1 zu § 419 BGB

man sich auch weitgehend darin, daß das Vermögen aus einem einzigen Gegenstand bestehen kann¹⁾. Das Reichsgericht führt dazu in RGZ Bd. 134, 121 ff, 124 f aus, es verstehe sich von selbst, daß nicht jeder Gegenstand deshalb, weil er das einzige Gut des Veräußerers sei, als ein Vermögen angesehen werden könne (etwa ein Kleidungs- oder Möbelstück, ein Haustier oder dergleichen). Der Begriff des Vermögens müsse nämlich im Einklang mit der Verkehrsauffassung bestimmt werden.

Im großen und ganzen herrscht schließlich Übereinstimmung darin, daß eine Vermögensübernahme vorliegt, wenn Gegenstände, deren Wert im Verhältnis zu dem ganzen Vermögen ohne Bedeutung ist, ausgenommen werden, wenn also nur das "wesentliche" oder "nahezu ganze" Vermögen übertragen wird²⁾. Diese Ansicht wird damit begründet, daß nur die von den Gläubigern als Haftungsobjekt verwertbaren Rechte im Rahmen des § 419 BGB von Bedeutung seien und das Vermögen i. S. dieser Norm deshalb auch nur aus diesen Objekten zu bestehen brauche³⁾. Differenzen bestehen jedoch hinsichtlich der Frage, wann das von der Übertragung ausgeschlossene Recht unbedeutend ist. Das Reichsgericht hat es nahezu immer abgelehnt, Belastungen des ausgeschlossenen ReCHtes (= Gegenstandes) bei dessen Wertermittlung zu berücksichtigen⁴⁾. Ihm ist ein Teil der Literatur gefolgt⁵⁾. Auch dingliche Belastungen des Grundstücks sollen unbeachtlich bleiben, so daß der Grundstückswert unabhängig von den vorhandenen Lasten mit dem zu übertragenden Vermögen verglichen werden muß.

Im Gegensatz zu dieser Rechtsprechung des Reichsgerichts hat sich mehr und mehr die Ansicht durchgesetzt, die Bewertung der ausgeschlossenen Stücke habe wegen der ratio des § 419 BGB nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu erfolgen (soge-

1) RGZ Bd. 134, 121; Bd. 154, 370; Bd. 160, 7; RG HRR 1931 Nr. 36; BGHZ FamRZ 1961, 305; Laue AcP 140, 64 ff, 66 f; BGB-RGRK Anm. 11 zu § 419 BGB; Erman Anm. 4 zu § 419 BGB; Palandt Anm. 2a zu § 419 BGB; Soergel-Siebert Anm. 6 (mit Einschränkungen) zu § 419 BGB; Staudinger aaO. Anm. I 2 zu § 419 BGB (Seite 889);

A. A. sind Lehmann in Enneccerus-Lehmann, Bd. II, Seite 346 (§ 86 II 1 b aa); Rittner FamRZ 1961, 3.

2) Dazu die auf Seite 71 unter Anm. 2 zitierte Literatur; ferner die vom BGH in FamRZ 1961, 305 angeführten Stellen.

A. A. scheint jedoch Rittner zu sein, FamRZ 1961, 10; auch Tiedaus Bemerkung, die Nichtübertragung des Hausstandes schließe eine Einwirkung auf das Vermögen im ganzen bei § 1365 BGB aus, weist in diese Richtung (MDR 1959, 254; aaO. Seite 81 spricht Tiedau aber ausdrücklich von dem "wesentlichen" Vermögen).

3) u. a. Laue AcP 140, 64 ff, 65 f

4) RGZ Bd. 80, 260; Bd. 82, 277; Bd. 92, 85

5) Soergel-Siebert Anm. 4 zu § 419 BGB; Staudinger aaO. Anm. I 2 zu § 419 BGB (Seite 889)

nannte "wirtschaftliche Betrachtungsweise"), Die den zurückbleibenden Sachen anhaftenden Lasten, wie z.B. Grundschulden (in diesem Fall hat auch das Reichsgericht einmal die wirtschaftliche Betrachtungsweise anerkannt ¹⁾) und Hypotheken, sollen den Gesamtwert der Sache mindern. Hypotheken sollen besonders dann von dem Wert des Grundstücks abgezogen werden, wenn die zugrundeliegende Forderung dem Übernehmer bereits zusteht. Der derart verringerte Wert der zurückbleibenden Sache soll bei der Feststellung, ob das "wesentliche Vermögen" übertragen wird, zu dem übrigen Vermögenswert in Relation gesetzt werden ²⁾. Diese Abwägung beruht auf dem Gedanken, daß ein durch dingliche Rechte belastetes Objekt den Gläubigern nur in Höhe des unbelasteten Wertes zur Befriedigung ihrer Forderung erreichbar ist. Die dinglichen Rechte entziehen den nicht gesicherten Gläubigern den belasteten Teil ³⁾.

Bei dem "wirtschaftlich-juristischen Vermögensbegriff" handelt es sich aber nicht um den sogenannten "Netto"- oder "Reinvermögensbegriff". Während bei dem Netto- oder Reinvermögen nur der - bei Berücksichtigung aller Rechte und Verbindlichkeiten - verbleibende Saldo bedeutsam ist, werden bei dem "wirtschaftlich-juristischen Vermögensbegriff" grundsätzlich nur die Rechte, die Aktivwerte, beachtet; nur die Rechte werden dem Vermögen nicht zugerechnet, die auf Grund der ihnen anhaftenden dinglichen Lasten oder wegen sonstiger Umstände für die nicht gesicherten Gläubiger nicht verwertbar sind. Die sonstigen dinglichen Lasten und vor allem die persönlichen Verpflichtungen werden völlig außer acht gelassen.

Mithin sind zu dem Vermögensbegriff i. S. des § 419 BGB folgende Kriterien von Rechtsprechung und Literatur herausgearbeitet worden:

Grundsätzlich ist der juristische Vermögensbegriff zugrunde zu legen;
auch ein einzelner Gegenstand kann das Vermögen eines Subjekts ausmachen;
das Vermögen wird von einem Rechtsgeschäft auch erfaßt, wenn im Verhältnis zu dem Vermögenswert unbedeutende Rechte nicht übertragen werden;
nach vorherrschender Ansicht wird die Frage, ob der Wert eines Rechtes unbedeutend ist, nach wirtschaftlichen Maßstäben beurteilt.

1) RG HRR 1933 Nr. 805

2) RGZ HRR 1933 Nr. 805; BGHZ NJW 1958, 667 f.; BGHZ FamRZ 1961, 304 f.; OLG-Stuttgart NJW 1952, 1019; KG JW 1936, 3262; Bartholomä Seite 6 f.; Laue AcP 140, 64; Erman Anm. 3 zu § 419; Palandt Anm. 2a zu § 419 BGB; Enneccerus-Lehmann aaO. Seite 346 (auch Anm. 14) läßt die Frage offen.

3) Das OLG-Stuttgart (NJW 1952, 1020) läßt in konsequenter Durchführung dieses Gedankens auch eine Grundschuldbestellung als Vermögensübernahme i. S. des § 419 BGB gelten.

Die Tatbestände der §§ 1365 und 1369 BGB ähneln sich in gewissem Maße, wie bereits bei der Untersuchung des Wortlauts von § 1365 BGB ausgeführt worden ist. Lediglich das betroffene Objekt ist in § 1369 BGB ein anderes als in § 1365 BGB. Auch die Rechtsfolgen entsprechen einander, (§ 1369 Abs. 3 BGB verweist auf die §§ 1366 und 1368 BGB). Schließlich muß auch der Zweck des § 1369 BGB darin gesehen werden, die wirtschaftliche Grundlage der Familie zu sichern; er ist also der gleiche wie der des § 1365 BGB. Mithin kann § 1369 BGB für die Auslegung des § 1365 BGB herangezogen werden. Diese Feststellung ist jedoch ohne große Bedeutung, weil die Auslegung des § 1369 BGB noch ähnlich umstritten ist wie die des § 1365 BGB.

6. Ähnliche Bestimmungen des ausländischen Rechts

Bei einem Vergleich mit anderen Bestimmungen ist insbesondere für die Frage, ob ein gutgläubiger Dritter geschützt werden soll und ob reine Verpflichtungsgeschäfte unter § 1365 BGB gefaßt werden sollen, die Regelung in ausländischen Rechten interessant. In Frage kommen die Ehegüterrechte der nordischen Staaten sowie das Obligationenrecht der Schweiz. Die entsprechenden Gesetze waren dem Gesetzgeber des Gleichberechtigungsgesetzes bekannt.

a) Die Nordischen Rechte

Ein der deutschen Zugewinnngemeinschaft ähnlicher Güterstand auf der Grundlage der Gütertrennung besteht heute in dem "giftoratt"-System Schwedens sowie Finnlands, Norwegens und Dänemarks ¹⁾. Nach dem schwedischen Eherechtsbalken vom 11. Juni 1920 sind die Vermögen der Ehegatten im Gattenanteilsgut (6. Kap. § 1 f.) und Vorbehaltsgut (6. Kap. § 8) geschieden. Die Regel ist, daß alles Vermögen der Ehegatten Gattenanteilsgut wird ²⁾. Über das ihm gehörende Gattenanteilsgut kann jeder Ehegatte frei verfügen (6. Kap. § 2 Abs. 1), soweit er nicht durch die §§ 3 bis 6 des Kap. 6 eingeschränkt ist; jedem der beiden Ehegatten steht aber ein Gattenanteilrecht an dem Vermögen des anderen zu (6. Kap. § 1). Bei Auflösung der Ehe, ebenso bei Gütertrennung oder häuslicher Trennung, erhalten jeder Ehegatte oder seine Erben grundsätzlich die Hälfte des noch vorhandenen Gattenanteilsguts beider Ehegatten (6. Kap. § 2 Abs. 2).

1) Schlegelberger, Seth u. a., Das Zivilrecht der nordischen Länder, Seite 6 f., 67 f.; Wilhelm Schermesser Diss. Seite 19 f.; Runze Diss. Seite 41 f.; Wallin, Om Avtal Mellan Makar (Anhang in deutscher Sprache) Seite 256 f.; Böhmer MDR 1950, 454; Gaa Diss. Seite 20 ff.

2) Schlegelberger, Seth u. a., aaO. Seite 7

Nach § 4 Abs. 1 des 6. Kap. darf ein Ehegatte Grundvermögen, an dem der andere Ehegatte Gattenanteilsrecht hat, weder veräußern noch hypothekarisch belasten, ohne daß der andere Ehegatte einwilligt. Nach § 5 Abs. 1 des 6. Kap. darf ein Ehegatte ohne Zustimmung des anderen Ehegatten bewegliches Vermögen weder veräußern noch verpfänden, an dem letzterer Gattenanteilsrecht hat oder das zu dem der gemeinschaftlichen Benutzung der Ehegatten bestimmten Hausrat gehört oder notwendiges Arbeitsgerät des anderen Ehegatten darstellt oder dem persönlichen Gebrauch der Kinder dient, Schenkungen sind ebenfalls eingeschränkt (6. Kap. § 6a).

Die Tatbestände haben mit dem des § 1365 BGB eine gewisse Ähnlichkeit. Ein wesentlicher Unterschied liegt allerdings darin, daß jede Verfügung über Einzelstücke des unbeweglichen und des beweglichen Vermögens von der Vinkulierung erfaßt wird. Es bedarf nicht eines Geschäftes über das ganze Vermögen, um die Einwilligung erforderlich werden zu lassen. Die Tragweite ist mithin viel weiter als die des § 1365 BGB. Die Folgen eines Verstoßes gegen die Verwaltungsbeschränkungen sind dementsprechend im schwedischen Recht wesentlich schwächer als im deutschen. Während das Geschäft nach dem BGB unwirksam ist, ist es nach dem Ehrechtsbalken grundsätzlich nur unwirksam, wenn der andere Ehegatte es durch Klage anfecht. Die Klagfrist beträgt drei Monate nach Kenntnis, höchstens jedoch ein Jahr nach Abwicklung des Geschäfts (6. Kap. §§ 4 Abs. 2, 5 Abs. 2).

Bei Geschäften über bewegliches Vermögen wird der gutgläubige Dritte geschützt. In § 5 Abs. 2, der die Ungültigkeit der Geschäfte an beweglichem Vermögen behandelt, heißt es:

"Hat ein Ehegatte ein Rechtsgeschäft der in Abs. 1 genannten Art ohne die erforderliche Zustimmung abgeschlossen und war derjenige, mit welchem das Rechtsgeschäft abgeschlossen wurde, nicht in gutem Glauben, so ist das Rechtsgeschäft ungültig, wenn..." 1)

b) Das Schweizer Recht

Die Zugewinnsgemeinschaft ist auch im Schweizerischen Zivilgesetzbuch als gesetzlicher Güterstand verwirklicht. Sie wird dort als "Güterverbindung" bezeichnet (Art. 178 und 194 ZGB). Es handelt sich dabei um eine echte Gütergemeinschaft, weil die Vermögen der Ehegatten nach der Eheschließung zum ehelichen Vermögen verbunden werden (Art. 194 ZGB). Vinkulierungen für Geschäfte über Vermögensgegenstände sind deshalb nicht erforderlich. Jedoch findet sich im Schweizer Obligationenrecht eine Einschränkung der Verpflichtungsfähigkeit der Ehegatten. Nach Art. 494 Abs. 1 des Schweizer Obligationenrechts bedarf die Zusage einer verheirateten Person zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Zustimmung des anderen Ehegatten. (Diese Zustimmung benötigen lediglich Kaufleute nach Abs. 2 der Vorschrift nicht.)

1) Die Übersetzung ist entnommen Schlegelberger, Seth u. a. aaO. Seite 67

Bei einem unklaren Wortlaut des § 1365 BGB sowie überhaupt bei Zweifelsfragen können mithin zur Erleichterung der Auslegung die zu den §§ 1444 a. F., 1423, 1822 Nr. 1 und 1369 BGB sowie hinsichtlich des Vermögensbegriffes die zu § 419 BGB ergangene Rechtsprechung und Literatur herangezogen werden. Nicht zurückgegriffen werden kann auf § 311 BGB.

Interessant ist der Vergleich mit dem Schwedischen Eherechtsbalken und mit Art. 494 des Schweizer Obligationenrechts.

§ 8

DIE MASSGEBLICHE GRUNDKONZEPTION DES WORTLAUTS VON § 1365 ABS. 1 SATZ 1 BGB (INHALTS- ODER GEGENSTANDSBEZOGENHEIT)

Bei der Analyse der Fassung des § 1365 Abs. 1 BGB hat sich gezeigt, daß grundsätzlich zwei Deutungen des Wortlauts vertretbar erscheinen:

Einmal, § 1365 Abs. 1 BGB ist nur erfüllt, wenn der Parteiwille bei dem Abschluß des betroffenen Rechtsgeschäfts ausdrücklich auf eine "Verfügung über das Vermögen" gerichtet ist;

zum anderen, der Tatbestand des § 1365 Abs. 1 BGB ist gegeben, wenn sich ein Ehegatte objektiv und tatsächlich verpflichtet, über die zu seinem Vermögen gehörenden Rechte zu verfügen.

Die alternativ möglichen Interpretationen des Wortlauts schließen einander aus. Da bei der Lösung von Einzelproblemen, die bei der Auslegung des § 1365 BGB entstehen, wichtig ist zu wissen, von welcher Bedeutung des Wortlauts auszugehen ist, wird bereits hier mit Hilfe der anderen Auslegungselemente die den weiteren Untersuchungen zugrundezulegende Fassung ermittelt.

Bei der Analyse der Wortwahl ist festgestellt worden, daß § 1365 Abs. 1 BGB ein voluntatives Element nicht enthält. Lediglich durch eine nicht unkomplizierte Kombination kann der Parteiwille als ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzung eingeführt werden. Dabei zeigte sich, daß die Kombination nicht zwingend ist ¹⁾.

1) Dazu oben § 3, 3a; Rittner hat an der Stelle, an der er darauf schließt, § 1365 BGB wirke nur auf Rechtsgeschäfte, deren Inhalt sich auf das Vermögen bezieht, keine Erklärung für die Notwendigkeit dieses Schlusses gegeben; er führt aus (FamRZ 1961, 10): "Diese Sätze, so richtig sie sind, beziehen sich nun genauer betrachtet (im Original nicht gesperrt) nicht auf den objektiv gesehenen Gegenstand, sondern auf den Inhalt des fraglichen Geschäfts". Eine Begründung, weshalb das so ist, fehlt.

Auch wäre es für den Gesetzgeber leicht gewesen, das voluntative Element ausdrücklich in § 1365 BGB aufzunehmen. Zudem ist eine Erklärung der unpräzisen Ausdrucksweise in § 1365 BGB bei Gebrauch des passus "Verfügung über Vermögen" nach Rittners Theorie nicht in befriedigendem Maße möglich. Schließlich hatte sich erwiesen, daß die Rittnersche Deutung mit der beherrschenden Stellung des Verfügungsbegriffes nicht in Einklang gebracht werden kann.

Es bestehen somit bereits nach dem Wortlaut erhebliche Bedenken gegen die Theorie, die vinkulierten Rechtsgeschäfte müßten inhaltsbezogen sein. Hingegen liegt die Deutung, sowohl das Verpflichtungs- als auch das Verfügungsgeschäft sei inhaltsbezogen, näher - wie oben unter § 3, 3b dargelegt worden ist. Diese Erklärung des Wortlauts vermeidet die Einführung einer ungeschriebenen Tatbestandsvoraussetzung und läßt eine - zumindest einleuchtende - Erklärung der Fassung "Verfügung über Vermögen" zu. Nach dem Wortlaut ist deshalb dieser Interpretation der Vorzug zu geben. Die Theorie Rittners kann nur den weiteren Ausführungen zugrundegelegt werden, wenn die anderen Auslegungselemente es erfordern.

Aus den Materialien hat sich ergeben, daß der Gesetzgeber zwar an Fälle dachte, in denen die Parteien wissen, daß das ganze Vermögen erfaßt wird. Auch wurde betont, es werde erwartet, daß die "subjektive Theorie" auf § 1365 BGB übertragen werde. Die "subjektive Theorie" verlangt aber lediglich Kenntnis davon, daß das Vermögen betroffen ist, nicht aber den darauf gerichteten Willen. Von dem Gesetzgeber wurde nämlich stark angezweifelt, daß die Entscheidung des Bundesgerichtshofes, in der dieser für § 1822 Nr. 1 BGB gefordert hatte, der Wille der Parteien müsse auf die Vermögenseinwirkung gerichtet sein ¹⁾, für die Auslegung des § 1365 BGB herangezogen werden könne ²⁾. Erkennbar ³⁾ ging der Gesetzgeber mithin davon aus, es bedürfe bei § 1365 BGB keines voluntativen Elementes. Die Motive sprechen deshalb gegen die Theorie Rittners.

Die systematische Stellung des § 1365 BGB gibt ebenfalls nichts für die Einführung eines ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals her ⁴⁾.

Sinn und Zweck der Vorschrift weisen darauf hin, daß § 1365 BGB großzügig auszulegen ist. Sowohl die wirtschaftliche Grundlage der Familie als auch der Zugewinnausgleichsanspruch des anderen Ehegatten werden um so stärker gesichert, je mehr Geschäfte von der Norm erfaßt werden. Die Theorie Rittners bedingt jedoch im Gegensatz dazu durch die Einführung einer zusätzlichen Voraussetzung eine

1) FamRZ 1957, 121 f; DNotZ 1957, 503 f

2) Siehe dazu oben unter § 4, 4

3) A. A. ist Tiedau DNotZ 1961 Anhang Seite 100 f

4) A. A. ist Lauterbach in Palandt, Anm. 2 zu § 1365 BGB; dazu oben unter § 5, 2 c letzte Anmerkung

starke Einschränkung der Tragweite des § 1365 BGB; die Norm wird nahezu bedeutungslos. Insbesondere wird es dem böswilligen Ehegatten leicht gemacht, das Einwilligungserfordernis völlig zu umgehen, indem er den Partner über den Charakter des Geschäftes im unklaren läßt oder ihn gar bewußt irreführt. Zumindest wird der andere Ehegatte im Streitfall den Willen der Parteien, auf das gesamte Vermögen einzuwirken, kaum nachweisen können. Der handelnde Ehegatte hat es also in der Hand, ob er ein einwilligungsbedürftiges Rechtsgeschäft abschließen will oder nicht ¹⁾. Mit der ratio sind mithin die von Rittner vorgesehene Analyse und Interpretation des Wortlauts nicht vereinbar.

Auch aus der vergleichenden Heranziehung anderer Bestimmungen läßt sich kein Argument dafür finden, § 1365 Abs. 1 BGB erfordere einen bestimmten Vertragswillen. § 311 BGB, der als einzige der in Frage kommenden Vorschriften für die Theorie Rittners etwas hergeben könnte, scheidet - wie oben unter § 7, 2 dargelegt - für die Auslegung aus. Die hier interessante Entscheidung des Bundesgerichtshofes zu § 1822 Nr. 1 BGB ²⁾ kann ebenfalls - wie bereits oben unter § 7, 3 ausgeführt - auf § 1365 BGB nicht übertragen werden. Ansonsten wird bei keiner der § 1365 BGB ähnlichen Bestimmungen ein auf die Vermögenseinwirkung gerichteter Parteiwille verlangt. Mithin stützt auch dieses Element die Ansicht Rittners nicht.

Keines der Auslegungselemente spricht mithin dafür, daß der Wortlaut des § 1365 BGB ein zusätzliches, ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal enthält und die Tragweite der Norm in der von Rittner vorgesehenen Weise einzuschränken ist. Vielmehr ergeben sich aus allen Elementen erhebliche Bedenken gegen die Theorie Rittners; diese Bedenken sind gegen die andere, noch mögliche Analyse des Wortlautes nicht gegeben. Deshalb ist Rittners Ansicht abzulehnen. Den weiteren Ausführungen wird die oben unter § 3, 3 b dargelegte Analyse der Fassung des § 1365 Abs. 1 BGB zugrundegelegt.

1) Insoweit ist Lauterbach (Palandt aaO. - oben Anm. 3) doch recht zu geben, als § 1365 Abs. 2 BGB in der Praxis durch einen einigermaßen geschickten Ehegatten völlig überflüssig gemacht werden kann.

2) Fam RZ 1957, 121 f; DNotZ 1957, 503 f

2. T E I L

GESELLSCHAFTSRECHTLICHE PROBLEME

§ 9

DER ABSCHLUSS DES GESELLSCHAFTSVERTRAGES BEI DER GRÜNDUNG EINER PERSONALHANDELSGESELLSCHAFT

Die Verwaltungsbeschränkung des § 1365 Abs. 1 BGB kann bei dem Abschluß eines Gesellschaftsvertrages bedeutsam werden, wenn ein Ehegatte sich in dem Vertrag verpflichtet, durch Verfügungen auf sein ganzes Vermögen einzuwirken. Das Vermögen kann durch einen Gesellschaftsvertrag betroffen werden, falls ein Ehegatte in die Gesellschaft ein Geschäft, ein Unternehmen, ein Grundstück, ein Patent oder seine gesamte Barschaft einbringen will und diese Gegenstände sein wesentliches Vermögen ausmachen (dazu unten § 9 I und II) oder wenn er der Umwandlung einer Bruchteils- oder Gesamthandsgemeinschaft, an der er mit seinem gesamten Vermögen beteiligt ist, in eine Personalgesellschaft zustimmt (dazu unten § 10).

I. V e r m ö g e n d e s G e s e l l s c h a f t e r s

Der Gesellschafterehegatte wird bei dem Abschluß eines Gesellschaftsvertrages in seiner Verwaltungsbefugnis nur dann beschränkt, wenn er beabsichtigt, auf sein "Vermögen im ganzen" im Sinne des § 1365 BGB einzuwirken. In dem ersten Teil dieser Arbeit ist bereits darauf hingewiesen worden, daß das Gesetz dem Begriff "Vermögen" nicht immer die gleiche Bedeutung beimißt¹⁾. Deshalb muß klargestellt werden, was im Rahmen des § 1365 BGB unter dem Vermögensbegriff zu verstehen ist. Zunächst ist zu untersuchen, welcher der drei oben²⁾ aufgezeigten Vermögensbegriffe zugrundegelegt werden muß.

1. Der Inhalt des Vermögensbegriffes

Unter dem Vermögen kann einmal das Aktiv- oder Bruttovermögen verstanden werden (juristischer Vermögensbegriff), zum anderen das Netto- oder Reinvermögen (wirtschaftlicher Vermögensbegriff) und schließlich die Zusammenfassung der Aktiva und Passiva des Unternehmenshegatten. Wie oben unter § 3, 5 aufgezeigt worden ist, läßt der Wortlaut keinen Schluß darauf zu, welcher Vermögensbegriff zugrundegelegt ist. Auch die Motive und der systematische Zusammenhang ge-

1) Oben § 3, 5

2) Oben § 3, 5

ben keinen Anhaltspunkt. Die Auslegung, die andere Bestimmungen erfahren haben, ist unergiebig bis auf die des § 419 BGB. Hinsichtlich des Vermögensbegriffes besteht eine Ähnlichkeit von § 419 BGB und § 1365 BGB (dazu oben § 7, 4), so daß insoweit auf § 419 BGB zurückgegriffen werden kann. Bei § 419 BGB wird grundsätzlich auf den juristischen Vermögensbegriff abgestellt. Lediglich hinsichtlich der Frage, wie die von der Verfügung ausgeschlossenen Rechte zu bewerten sind, wird eine Milderung des streng juristischen Vermögensbegriffes erwogen. Die Grundlage des juristischen Vermögensbegriffes wird aber nicht verlassen. Dieser Vergleich spricht mithin für die Anwendung des juristischen Vermögensbegriffes. Mangels anderer überzeugender Anhaltspunkte muß aber der Inhalt des Vermögensbegriffes in entscheidendem Maße nach der ratio legis bestimmt werden.

a) Vermögen als Zusammenfassung der Rechte und Verbindlichkeiten

Die dritte Möglichkeit der Begriffsdefinition, daß das Vermögen als Zusammenfassung der Rechte und Verbindlichkeiten eines Rechtssubjekts anzusehen ist, scheidet bei § 1365 BGB sicher aus. Würde man dem Begriff Vermögen in § 1365 BGB diesen Inhalt beimessen, so bedürfte z.B. ein Kaufmann nur der Einwilligung seines Ehegatten, wenn er zugleich über seine Aktivwerte und über seine Schulden verfügte. Die Verbindlichkeiten eines Ehegatten sind für die wirtschaftliche Lebensgrundlage der Familie nicht von Belang, während sie den Zugewinnausgleichsanspruch des anderen Ehegatten nur mindern. An ihrer Erhaltung besteht mithin kein Interesse. Deshalb ist es nicht notwendig, sie neben die Aktivrechte zu stellen und das Einwilligungserfordernis davon abhängig zu machen, daß über sie verfügt wird. Die ratio steht der Zugrundelegung dieser Begriffsbestimmung entgegen.

b) Das Netto- oder Reinvermögen (wirtschaftlicher Vermögensbegriff)

Die Entscheidung liegt mithin zwischen dem juristischen Vermögensbegriff (Aktiv- oder Bruttovermögen) und dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff. Bei Anwendung des juristischen oder Aktiv-Vermögensbegriffes wäre die Zustimmung des anderen Ehegatten erforderlich, wenn ein Kaufmann über alle seine Aktivwerte, seine Rechte, verfügte. Nach dem Netto- oder wirtschaftlichen Vermögensbegriff benötigte er hingegen die Einwilligung, wenn er über den Wert „verfügte“, der nach Abzug der Schulden von den Aktivwerten verbleibt. In der Literatur ist umstritten, von welchem der beiden Inhalte des Vermögensbegriffes bei § 1365 BGB auszugehen ist. In der Mehrzahl der Stellungnahmen wird – zum Teil in Anlehnung an § 419 BGB – der juristische Vermögensbegriff herangezogen¹⁾. Mehrfach ist aber auch

1) BGHZ FamRZ 1961, 304 f; OLG-Frankfurt NJW 1960, 2002 f; OLG-Köln NJW 1962, 2109 f; Boesebeck DB 1958, 1147; Eiselt JZ 1960, 562 f; Fischer NJW 1960, 937 f; Linderhaus zitiert bei Haegeler Rspfl. 1960, 272; Rittner FamRZ 1961, 5; Tiedau MDR 1961, 1959, 253; Soergel-Siebert, Bd. IV Anm. 13 zu § 1365.

dargelegt worden, allein der Begriff des Rein- oder Nettovermögens werde dem Ziel des § 1365 BGB gerecht ¹⁾.

Die Autoren, die unter dem Vermögen im Sinne des § 1365 BGB das Netto- oder Reinvermögen verstehen, stützen ihre Ansicht auf die ratio der Norm. Dabei wird zutreffend davon ausgegangen, § 1365 BGB bezwecke vor allem die Sicherung der wirtschaftlichen Grundlage der Familie ²⁾. Es wird argumentiert, die wirtschaftliche Existenzgrundlage der Familie sei auf längere Sicht hin doch nur das, was der Familie nach Abzug der Passiva verbleibe: dasselbe gelte für den Ausgleichsanspruch ³⁾. Mülke führt im gleichen Sinne aus, nur der durch beispielsweise einen Verkauf realisierbare Wert des Vermögens könne als Rückhalt der Familie betrachtet werden ⁴⁾. Die persönlichen Verbindlichkeiten will jedoch Mülke für die Berechnung des Vermögens nur berücksichtigen, wenn sich das zugunsten der Familie auswirkt ⁵⁾. Diese Argumentation rechtfertigt aber nicht, als Vermögen i. S. des § 1365 BGB das Netto- oder Reinvermögen zugrunde zu legen. Das ergibt sich aus folgenden Beispielen:

(1) Der Inhaber einer Wäscherei ist durch die Inanspruchnahme von Krediten zur Einrichtung seines Betriebes überschuldet. Der Aktivwert seines Unternehmens beläuft sich, falls er ihn durch Verkauf realisieren wollte, auf eine weitaus geringere Summe als seine Verpflichtungen betragen. Dennoch zieht er aus dem Geschäft so hohe Einnahmen, daß er die Zinsen und erforderlichen Amortisationsbeträge aufbringen und zusätzlich einen Betrag zur Erhaltung seiner Familie erwirtschaften kann.

(2) Ein überschuldeter Ehegatte besitzt ein mit dinglichen Rechten Dritter überbelastetes Grundstück mit einem Geschäftshaus in einer großen Stadt. Er hat das Haus günstig an eine Gesellschaft vermietet. Der Mietzins ist so hoch bemessen,

1) Glum Diss. Seite 30 f; Kastrup Diss. Seite 11; Schulz-Kersting JR 1959, 136; Sichertmann DB 1959, 163 f; Mülke AcP 161, 141 ff, 144 f; Mülke fordert für § 1365 BGB einen Vermögensbegriff eigener Art (aaO. Seite 145). Der von ihm definierte Begriff - die Terminologie ist wohl von Schulz-Kersting aaO. übernommen - deckt sich im wesentlichen mit dem Begriff des Netto- oder Reinvermögens; in einigen Fällen will Mülke - je nach Bedürfnis - den "wirtschaftlich-juristischen" Vermögensbegriff (dazu oben § 7, 4) anwenden.

2) Glum Diss. S. 31; Kastrup Diss. S. 11; Mülke AcP 161, 145; Schulz-Kersting aaO. S. 136; Sichertmann aaO. Seite 163

3) Schulz-Kersting aaO. S. 136; ihm folgt Kastrup aaO.

4) AcP 161, 145

5) aaO. S. 145; Mülke ist also nur in beschränktem Maße als Vertreter des Nettovermögensbegriffes anzusehen.

sen, daß die Darlehen amortisiert und die Unterhaltungskosten für das Haus, soweit sie der Eigentümer zu tragen hat, bestritten werden können. In absehbarer Zeit wird der Schuldendienst so gering geworden sein, daß das Grundstück mit dem Haus dem Eigentümer beträchtliche Einnahmen bringen wird; unter Umständen schon zu einer Zeit, zu der das Grundstück noch dinglich überbelastet und der Eigentümer noch überschuldet ist.

(3) Ein verheirateter Gesellschafter ist überschuldet. Sein Gewinnanteil an dem Erlös der Gesellschaft wird von dieser mit Forderungen gegen ihn aufgerechnet. Die Gesellschaftsbeteiligung stellt zur Zeit keinen realisierbaren Vermögenswert dar. Der Gesellschafter überträgt seine Rechte an der Gesellschaft auf einen Dritten. Das Oberlandesgericht Köln¹⁾ hat die in diesem Fall ohne Einwilligung vorgenommene Übertragung des Gesellschaftsanteils als unwirksam angesehen, weil jedenfalls dem Gewinnanspruch nicht für alle Zukunft jeder wirtschaftliche Wert abgesprochen werden könne; der Gewinnbeteiligungsanspruch des Gesellschafters habe also Vermögenswert ebenso wie seine gesamthandelsche Beteiligung an den beträchtlichen Sachwerten sowie an dem Firmenwert.

Aus diesen Fällen erhellt, daß dem § 1365 BGB der wirtschaftliche Vermögensbegriff nicht zugrundegelegt werden darf. In Fall (1) besitzt der Eigentümer überhaupt kein Netto- oder Reinvermögen, weil die Verbindlichkeiten die Aktivwerte übersteigen. Er könnte deshalb, wenn § 1365 BGB auf das Nettovermögen abstellen würde, frei über die Wäscherei verfügen, auch wenn diese sein gesamtes Aktivvermögen ausmache. Er könnte sie verkaufen, in eine Gesellschaft einbringen oder auch verschenken, obwohl die wirtschaftliche Existenz seiner Familie von diesem Gewerbebetrieb abhängt. Nach der ratio des § 1365 BGB muß der Wäschereibesitzer in seiner Verwaltung des Betriebes im Rahmen der Norm beschränkt sein. Die gleiche Interessenlage zeigt sich in Fall (2). Hier ist zwar in dem Zeitpunkt, in dem der Ertrag des Grundstückes den Schulden- und Forderungsdienst nicht übersteigt, noch kein effektiver Nutzen für die Familie ersichtlich. Da jedoch das Grundstück mit Sicherheit in absehbarer Zeit einen Ertrag bringen und einen erheblichen Wert darstellen wird, sichert das Eigentum die wirtschaftliche Existenz der Familie auf lange Sicht, es handelt sich um eine potentielle Sicherung. Die Familie als dauerhafte soziale Zelle des Gemeinwesens verlangt nach einer derartigen dauerhaften Sicherung für die Zukunft, während es - entgegen der Ansicht Schulz-Kerstings, Kastrups und Mülkes - auf die gegenwertige Verwertbarkeit des Vermögens nicht entscheidend ankommt. Deshalb muß die potentielle Sicherheit, die ein Recht der Familie geben kann, besonders berücksichtigt werden. Auch das überbelastete Haus ist mithin im Rahmen des § 1365 BGB von Bedeutung. (Insoweit kann der h. M., die sich zu § 419 BGB herausgebildet hat, für § 1365 BGB nicht gefolgt werden.)

1) NJW 1962, 2109 f

Das OLG-Köln sieht auch in dem überbelasteten Gesellschaftsanteil einen Vermögenswert, der die Existenzgrundlage der Familie sichern kann, weil der Gewinnanteil in Zukunft wieder einmal ausgezahlt werden wird (Fall 3). Auch hier kommt zum Ausdruck, daß das Gericht der potentiellen Sicherung größte Bedeutung beimißt.

Auch aus anderen Erwägungen folgt, daß der wirtschaftliche Vermögensbegriff nicht zugrundegelegt werden darf. Mulke ¹⁾ bemerkt, es sei bei der Anerkennung des Nettovermögensbegriffes den jeweiligen Rechtsgeschäften nicht mehr anzusehen, ob sie zustimmungsbedürftig seien oder nicht. In der Tat mußten viele Ehegatten jeweils eine Bilanz erstellen, um beurteilen zu können, wie groß ihr Reinvermögen zur Zeit ist und über welchen Betrag sie ohne Einwilligung frei verfügen können. Gerade für den Unternehmer wird es häufig unmöglich sein, die Lage genau zu überblicken. Deshalb müßte er bei allen Geschäften über größere Geldbeträge, über Aktien oder Gesellschaftsanteile, ja überhaupt bei nahezu allen Verfügungen über Rechte seines Vermögens und bei den darauf gerichteten Verpflichtungsgeschäften die Einwilligung seines Ehegatten einholen. Die nach § 1364 BGB garantierte Verwaltungsfreiheit des Ehegatten wäre demnach durch den wirtschaftlichen Vermögensbegriff weitgehend beseitigt.

Darüberhinaus wäre auch der Rechtsverkehr stark belastet, soweit nicht ein Vertrauensschutz eingeführt würde. Der Vertragspartner müßte sich vor Abschluß des Geschäfts nicht nur über die Aktivwerte des Ehegatten vergewissern, sondern auch über dessen Schulden. Das wäre aber nahezu unmöglich. Er müßte deshalb bei jedem Geschäft auf der Einwilligung des anderen Ehegatten bestehen oder fürchten, daß später die Unwirksamkeit des Geschäfts geltend gemacht wird.

Diese Folgen zeigen, daß das Zugrundelegen des Nettovermögens zu einem mit dem Ziel des Gesetzes unvereinbaren und einem "unvernünftigen" Ergebnis führen würde und auch deshalb nach der ratio des § 1365 BGB unzulässig ist ²⁾.

Mithin scheidet das Netto- oder Reinvermögen aus.

1) AcP 161, 149 f

2) Dazu die Ausführungen oben unter § 6, 2 e. Falls der Hauptzweck des § 1365 Abs. 1 BGB in der Sicherung der Ausgleichsforderung des anderen Ehegatten bestünde, hätte allerdings die Heranziehung des wirtschaftlichen Vermögensbegriffes naher gelegen, weil für diesen Anspruch allein der Vermögensüberschuß, das Nettovermögen, interessiert. Deshalb beruft sich Schulz-Kersting (JR 1959, 130) auch bei der vorliegenden Problematik auf diesen Zweck des § 1365 BGB. Da diesem Ziel aber nur untergeordnete Bedeutung zukommt, kann es nicht ausschlaggebend sein. Im übrigen hätte auch bei vorrangiger Beachtung dieses Zweckes nicht darüber hinweggegangen werden können, daß die Heranziehung des Nettovermögens zu einem unvernünftigen Ergebnis führt.

c) Das Aktiv- oder Bruttovermögen (juristischer Vermögensbegriff)

Übrig bleibt das Zurückgreifen auf den juristischen Vermögensbegriff. Wie bereits erwähnt worden ist, spricht ein Vergleich mit der Auslegung, die § 419 BGB erfahren hat, für eine Anwendung des juristischen Vermögensbegriffes. Insoweit ist § 419 BGB auch vergleichbar ¹⁾. Nach der ratio des § 1365 BGB ist das Zugrundelegen des Aktivvermögensbegriffes ebenfalls angebracht, weil dadurch der Schutz des Vermögenswertes durch eine Sicherung der Vermögenssubstanz am besten gewährleistet ist.

Mülke ²⁾ wendet gegen die Anerkennung des juristischen Vermögensbegriffes ein, er versage bei dinglichen Belastungen und bei der Übernahme persönlicher Verbindlichkeiten.

aa) Dingliche Belastungen:

Bei dinglichen Belastungen eines Grundstücks mit einer geringwertigen, erstrangigen Hypothek braucht der juristische Vermögensbegriff nicht zu versagen. Wie oben unter § 3, 6 nachgewiesen worden ist, kann insoweit die Auslegung der Worte "Vermögen im ganzen" helfen, ein angemessenes Ergebnis zu finden. ³⁾

bb) Verpflichtungsgeschäfte ⁴⁾:

Schwerwiegender hingegen ist der Einwand, der Aktivvermögensbegriff versage bei der Übernahme persönlicher Verbindlichkeiten, die die Höhe des Aktivvermögenswertes erreichen oder ihn übersteigen. Zur Klarlegung der Problematik mögen folgende Fälle dienen:

(1) Ein Gesellschafter verpflichtet sich in dem Gesellschaftsvertrag, seine ganze Vermögenssubstanz - seine Bauschaft, sein Grundstück oder sein Unternehmen - in die Gesellschaft einzubringen.

1) Dazu oben unter § 3, 4

2) AaO. Seite 143. Der von Mülke aaO. auf Seite 144 angezogene Fall, daß ein Ehegatte über ein dinglich überbelastetes Grundstück frei verfügen können müsse, ist, wie das Beispiel (3) oben unter I 1 b gezeigt hat, mit der ratio des § 1365 BGB nicht vereinbar. Gerade hier zeigt sich, daß das Aktivvermögen zugrundegelegt ist, um einen wirksamen Schutz der Familie zu garantieren.

3) Damit sind auch die Bedenken Sichtermanns, DB 1959, 163, hinfällig.

4) Die wohl h. M. läßt keine Verpflichtungsgeschäfte nicht unter § 1365 BGB fallen; Krüger-breetzke-Nowak Anm. 1 zu § 1365 BGB; Müller-Freienfels JZ 1957, 685 ff, 692; Obermüller BB 1958, 535; Bosch FamRZ 1958, 86; Tiedau DNotZ 1961 Anhang S. 102; Wörbelauer NJW 1960, 797; LG-Wuppertal Rtspl. 1960, 291 f; Erman Anm. 5 c zu § 1365 BGB; Palandt Anm. 2 zu § 1365 BGB.

2) Ein Gesellschafter verpflichtet sich, sich an einer Gesellschaft mit einer Einlage von 100 000,- DM zu beteiligen. Er besitzt zwar ein Grundstück im Wert von 100 000,- DM, hat jedoch keine flüssigen Mittel und auch kein sonstiges Vermögen, mit denen er die Einlage leisten könnte.

3) Ein Gesellschafter verpflichtet sich, einen Gesellschaftsbeitrag in Höhe von 10 000,- DM zu zahlen. Er hat keinerlei Vermögen, womit er die eingegangene Verbindlichkeit begleichen könnte.

Im ersten der drei Fälle verpflichtet sich der Ehegattengesellschafter, auf bestimmte Rechte, die sein Vermögen ausmachen, unmittelbar einzuwirken. Es liegt somit eine Verpflichtung zur Verfügung über die ganze Vermögenssubstanz vor, die bei Zugrundelegen des juristischen Vermögensbegriffes unter § 1365 BGB fiele. Da das Aktivvermögen in diesem Fall mit dem Nettovermögen identisch ist, liegt auch bei Heranziehen des wirtschaftlichen Vermögensbegriffes ein einwilligungsbedürftiges Rechtsgeschäft vor. Im zweiten Fall hingegen verpflichtet sich der Ehegattengesellschafter nicht, unmittelbar auf seine Vermögenssubstanz, das Grundstück, einzuwirken. Bei Heranziehen des juristischen Vermögensbegriffes ist das Rechtsgeschäft deshalb nicht zustimmungsbedürftig. Der gesamte Vermögenswert wird aber durch die Verpflichtung gefährdet, weil sie den Nettowert des ganzen Vermögens erfaßt. Der Ehegattengesellschafter müßte nämlich notfalls sein gesamtes Aktivvermögen, das Grundstück, verkaufen, um seine Verpflichtung erfüllen zu können. Das Rechtsgeschäft wäre also zustimmungsbedürftig, falls der Verfügungsbegriff ohne Rücksicht auf seine rechtstechnische Bedeutung ausgelegt und unter dem Vermögen das Nettovermögen verstanden würde. Das Verpflichtungsgeschäft würde unter Außerachtlassung der spezifischen Bedeutung des Verfügungsbegriffes und mit Hilfe des Vermögensbegriffes vinkuliert. Das erstrebt Mülke.

Das gleiche Ergebnis wurde in Fall (3) erzielt. Der Gesellschafterehegatte hat keine Werte, die zur Deckung des Verpflichtungsgeschäfts ausreichen. Zwar liegt insoweit streng genommen keine Einwirkung auf ein Vermögen vor, weil keine Werte vorhanden sind. Es kann aber wohl kaum einen Unterschied machen, ob der Ehegatte ein geringwertiges Vermögen besitzt oder überhaupt nichts. Das Verpflichtungsgeschäft gefährdet die Familie in gleichem Maße und mindert die Aussicht des anderen Ehegatten auf einen Zugewinnausgleich.

Diese Interpretation des Vermögens- und Verfügungsbegriffes ist aber mit den Auslegungselementen des § 1365 BGB nicht vereinbar. Deshalb kann dieser Weg nicht beschritten werden, um reine Verpflichtungsgeschäfte einwilligungsbedürftig zu machen.

Gegen die völlig freie Auslegung des Verfügungsbegriffes, die erforderlich wäre, spricht zunächst der Wortlaut des § 1365 BGB. Die Gegenüberstellung der Verfü-

gung", Verpflichtungs-, Erfüllungs- und Verwaltungsbegriffes in den §§ 1364 und 1365 BGB deutet darauf hin, daß der Verfügungsbegriff im rechtstechnischen Sinne anzuwenden ist 1). Damit kommt nach dem Wortlaut grundsätzlich eine "Verfügung" über den Vermögenswert nicht in Betracht, sondern nur eine Verfügung als unmittelbare Einwirkung auf konkrete Rechte.

Auch die dominierende Stellung des Verfügungsbegriffes in § 1365 Abs. 1 BGB 2) spricht dagegen, daß die reinen Verpflichtungsgeschäfte mittels des Vermögensbegriffes in die Bestimmung eingeführt werden und der Verfügungsbegriff seines Sinnes entleert wird. Es scheint der Bestimmung Gewalt angetan, wenn auf diesem Umweg ein Ergebnis erzielt werden soll, das der Gesetzgeber durch eine einfache Formulierung hätte erreichen können.

Die Bedenken aus dem Wortlaut der Bestimmung sind so stark, daß sie bereits nicht zulassen, die Verpflichtungsgeschäfte über § 1365 BGB zu verkuieren und sie als Argument für den Nettovermögens- und gegen den Aktivvermögensbegriff zu verwenden. Das Einbeziehen der Verpflichtungsgeschäfte in die Vorschrift des § 1365 BGB würde zu einer Ausweitung von deren Tragweite über ihren Wortlaut hinaus und damit zu einer Lösung von dem Gesetz führen. Das ist, wie oben unter den §§ 2 und 3 (Einleitung) ausgeführt wurde, nicht zulässig.

Selbst wenn aus anderen Gründen das Nettovermögen zugrunde zu legen wäre, dürfte der Verfügungsbegriff nach dem Wortlaut also nicht so weit gefaßt werden, wie es nach der Theorie Mülkes erforderlich wäre, um die Verpflichtungsgeschäfte zu erfassen 3).

Auch der systematische Zusammenhang des § 1365 BGB mit § 1364 BGB läßt einen Nettovermögensbegriff, durch den die Verpflichtungsgeschäfte in den Anwendungs-

1) Dazu oben unter § 3, 2

2) Dazu oben unter § 3, 1

3) Kastrup (Diss., Seite 22 f) lehnt denn auch eine Erstreckung des § 1365 BGB auf die reinen Verpflichtungsgeschäfte ab, obwohl er das Nettovermögen zugrunde legt. Er will den Verfügungsbegriff im rechtstechnischen Sinne anwenden. Das Nettovermögen soll nur der Berechnung dienen, ob die Aktivrechte, die das Vermögen bilden, auf dem dem Eigentümer noch verbleibenden Teil erfaßt werden, d. h., ob dem Ehegatten nach dem Rechtsgeschäft noch von seinem ursprünglichen Vermögenswert etwas verbleibt. Die Konstruktion von Kastrup wählt auch Glum (Diss., Seite 23 ff.). Weder Kastrup noch Glum gehen auf die durch den Verfügungsbegriff in diesem Zusammenhang gegebene Problematik ein. Mülke ist mit seiner Konzeption wohl konsequenter als Kastrup und Glum. Auch bei Schulz-Kersting findet sich die gleiche Konstruktion wie bei Mülke (JR 1959, 137).

bereich des § 1365 BGB einbezogen werden, nicht zu. Wie oben unter I 1 b dargestellt worden ist, würde die Einführung des Nettovermögensbegriffes von vornherein die Verwaltungsfreiheit des Ehegatten zumindest hinsichtlich aller Verfügungsgeschäfte beseitigen. Bei Bejahen der Konzeption Mülkes kämen auch noch fast alle Verpflichtungsgeschäfte hinzu, weil nur in wenigen Fällen genau festgestellt werden könnte, ob der Ehegatte bei oder durch Abschluß des Geschäftes mehr Schulden als Guthaben hätte. Die in § 1364 BGB postulierte Verwaltungsfreiheit des Ehegatten wäre damit nahezu völlig beseitigt. Dieses Ergebnis wird - selbst hinsichtlich der Verfügungsgeschäfte - bei Heranziehen des Aktivvermögens vermieden.

Schließlich spricht auch die ratio gegen eine Vinkulierung der Verpflichtungsgeschäfte. Zwar zielt die Vorschrift darauf ab, der Familie den Wert ihrer Vermögensgrundlage zu erhalten. Dieser Wert wird auch zweifellos gefährdet, wenn bloße Verbindlichkeiten ohne konkrete und unmittelbare Beziehung zu den Aktivwerten des Vermögens eingegangen werden. Jedoch bleibt in diesem Fall immerhin die Vermögenssubstanz unangetastet, die - wie die drei Fälle oben unter I 1 b gezeigt haben - oft geeignet ist, der Familie trotz Überschuldung Schutz zu gewähren. Es ist zwar dabei nicht zu übersehen, daß schlimmstenfalls wegen der Verpflichtung im Wege der Zwangsvollstreckung auf die Vermögenssubstanz eingewirkt werden kann. Entscheidend ist aber trotz dieser Erwägung, daß Sinn und Zweck grundsätzlich nicht bedingen können, die Vorschrift über den ihr durch Fassung und Stellung im Gesetz gesteckten Rahmen hinaus zu erstrecken ¹⁾. Deshalb kann auch nach der ratio nicht darüber hinweggegangen werden, daß der Vorschrift Gewalt angetan werden müßte, um über den Vermögensbegriff die Verpflichtungsgeschäfte zu vinkulieren.

Aus Fall (3) oben unter I 1 c bb läßt sich noch ein weiterer Grund herleiten, der zeigt, daß nach der ratio nur solche Geschäfte einzuschränken sind, durch die unmittelbar auf die Vermögenssubstanz eingewirkt wird. Der Ehegatte, der nur ein ganz geringes oder überhaupt kein Aktivvermögen besitzt, gefährdet die wirtschaftliche Existenz der Familie durch Verpflichtungsgeschäfte in gleichem Maße wie der, der Verpflichtungen eingeht, die sich auf die Höhe seines Aktivvermögens belaufen. Bei Zugrundelegen des Nettovermögensbegriffes könnte das Eingreifen des § 1365 BGB nicht gut davon abhängig gemacht werden, daß der Ehegatte zufällig eine Vermögenssubstanz oder ein Reinvermögen im Werte von einigen hundert oder tausend Deutschen Mark besitzt oder nicht. Demnach müßte § 1365 BGB

1) Dazu oben unter § 6, 2 e; ein besonders zwingender Fall, gegen die sich aus Wortlaut und systematischem Zusammenhang ergebende Auslegung zu entscheiden, besteht hier nicht. Die Ehegatten haben immerhin die Möglichkeit, Gütergemeinschaft zu vereinbaren, wenn sie eine sehr starke Kontrolle der Geschäftsführung des anderen Ehegatten wünschen.

auch zur Anwendung kommen, wenn überhaupt keine Vermögenssubstanz vorhanden wäre. Das widerspricht aber dem Ziel der Norm, die wirtschaftliche Vermögensgrundlage der Familie, also eine Substanz, zu sichern; außerdem würde es zu einer uferlosen Ausweitung der Bestimmung führen.

Die Motive und die vergleichende Heranziehung ähnlicher Bestimmungen (§ 1444 a.F. BCB - dazu oben § 7, 1 und RGZ Bd. 54, 282 ff) bestätigen, daß die Verpflichtungsgeschäfte nicht vinkuliert werden sollen. Der Gesetzgeber hat nämlich an eine derartige Ausdehnung des § 1365 BGB überhaupt nicht gedacht ¹⁾, obwohl ihm die Rechtsprechung zu § 1444 a.F. BCB sowie die Regelung des Schweizer Obligationenrechts ²⁾, in dem die Bürgschaftsfähigkeit der Ehegatten ausdrücklich eingeschränkt wird, bekannt sein mußte. Die Frage, ob Verpflichtungsgeschäfte vinkuliert werden sollten, ist ausdrücklich verneint worden ³⁾.

1) Dazu oben unter § 4

2) Dazu oben unter § 7, 6 b

3) Dazu oben unter § 4, 5.

Außer Mülke und Schulz-Kersting wollen auch Haegele (Rtspfl. 1959, 242 ff, 247) und das Landgericht-Mannheim (FamRZ 1961, 316 f) Verpflichtungsgeschäfte als von § 1365 BGB erfaßt ansehen. Haegele bezieht sich insbesondere auf Bürgschaftsverpflichtungen, durch die das Vermögen "bis an den Schornstein" belastet werde. Das LG-Mannheim führt im gleichen Sinne aus, es sei gleichgültig, ob Verpflichtungs- oder Verfügungsgeschäfte das Vermögen im ganzen gefährdeten. Das Gericht beruft sich sogar - zu Unrecht - für seine Ansicht auf die herrschende Meinung. Weder Haegele noch das LG-Mannheim bekennen sich aber - soweit ersichtlich - eindeutig zu dem Nettovermögensbegriff. Es liegt deshalb die Annahme nahe, daß sie, entgegen dem Wortlaut der Norm, § 1365 BGB auch auf reine Verpflichtungsgeschäfte anwenden wollen. Auch diese Ansicht kann, wie sich bereits aus den obigen Erörterungen ergibt, nicht gebilligt werden. Ihr steht der insoweit klare Wortlaut entgegen, der auf die Verfügung als wesentliches Element der Vorschrift abstellt (dazu oben unter § 3, 1). Eine analoge Anwendung der Bestimmung auf reine Verpflichtungsgeschäfte ist nicht zulässig, weil die Norm einen Ausnahmetatbestand enthält (dazu oben unter § 5, 1). Die ratio und die anderen Auslegungselemente lassen es darüber hinaus - wie bereits oben erörtert - nicht geboten erscheinen, die Verpflichtungsgeschäfte unter § 1365 BGB fallen zu lassen. Aus diesen Erwägungen folgt, daß die Ansicht Haegeres und des LG-Mannheim mit dem Gesetz nicht vereinbar ist. Reine Verpflichtungsgeschäfte werden von § 1365 BGB nicht erfaßt: sie sind nicht vinkuliert.

Mithin greift auch dieses Argument Mülkes gegen eine Anwendung des Aktiv- oder Bruttovermögensbegriffes nicht durch. Weitere Bedenken gegen den Aktivvermögensbegriff sind nicht ersichtlich. Als Vermögen im Sinne des § 1365 BGB ist also das Aktiv- oder Bruttovermögen (der juristische Vermögensbegriff) zu verstehen.

2. Der Inhalt des Aktivvermögensbegriffes

Es stellt sich nun die Frage, wie das Vermögen, das Aktiv- oder Bruttovermögen, im Rahmen des § 1365 BGB ausgestaltet ist.

Grundsätzlich gehört zu ihm die Gesamtheit der dem einzelnen Rechtssubjekt zustehenden wirtschaftlichen oder geldwerten Rechte ¹⁾. Wie bereits oben unter § 3, 5 abgehandelt worden ist, muß die Frage, welche Rechte als die das Vermögen bildenden anzusehen sind, von dem Sinn und Zweck der Vorschrift her beantwortet werden. Nach diesem Kriterium ist somit zu prüfen, welche Rechte als "wirtschaftlich" oder "geldwert" anzuerkennen sind und auf welche davon eingewirkt werden muß, um davon sprechen zu können, daß auf das "Vermögen" im Sinne des § 1365 BGB eingewirkt werde.

a) Wirtschaftliche oder geldwerte Rechte

Als wirtschaftliche oder geldwerte Rechte müssen nach dem Zweck des § 1365 BGB alle Rechte anerkannt werden, die als Sicherung der Familienexistenz dienen können. Dazu gehören grundsätzlich das Eigentumsrecht sowie die anderen dinglichen Rechte, die Immaterialgüterrechte (z. B. Urheber- und Erfinderrechte) und die Forderungsrechte ²⁾. Auch die befristeten, bedingten und schwebenden Rechte sowie die Anwartschaftsrechte sind zum Vermögen zu zählen ³⁾, während das für bloße Hoffnungen und Aussichten nicht gilt ⁴⁾. Die Arbeitskraft ist kein Recht, sondern bietet lediglich eine Chance, Rechte zu erwerben. Hingegen gehören konkrete Ansprüche auf Gehalt, Lohn, Pension und Rente zu dem Vermögen, weil sie geeignet sind, die Existenz der Familie zu sichern ⁵⁾. Auch der good-will

1) Dazu oben unter § 3, 5

2) Bartholomä, Seite 5. Zweifelhaft ist, ob der Besitz, der kein Recht im eigentlichen Sinne darstellt, und die Gestaltungsrechte als zu dem Vermögen gehörig anzusehen sind - so für § 419 BGB Bartholomä aaO. -; beiden wird nur in Ausnahmefällen eine Bedeutung für die Existenz der Familie zukommen. Deswegen werden sie auch nur in diesen Fällen zu beachten sein.

3) Bartholomä S. 5; v. Tuhr Bd. I S. 316 ff., 318

4) Dazu oben unter § 3, 5

5) OLG-Frankfurt NJW 1960, 2003 f; Krüger-Breetzke-Nowak, Anm. 1 zu § 1365 BGB a. E.; Müller-Freienfels, Ehe und Recht, Seite 191 Anm. 2; A. A. sind: LG Mannheim, FamRZ 1961, 316 f; OLG-Karlsruhe, FamRZ 1961, 317 f

eines Unternehmens oder dessen Firmenwert werden als Vermögensbestandteil anzusehen sein, da sie für die Einkünfte aus dem Unternehmen und für dessen Verkaufswert entscheidend sein können ¹⁾.

b) Einzelne Rechte

Auch ein einzelnes Recht, das das Vermögen eines Ehegatten ausmacht, kann als Existenzgrundlage seiner Familie dienen (z. B. ein Gesellschaftsanteil). Daraus ergibt sich, daß das Vermögen im Sinne des § 1365 BGB auch aus einem einzelnen Recht gebildet werden kann ²⁾. Wie bei § 419 BGB kann aber von einem Vermögen nicht gesprochen werden, wenn den Rechtssubjekt lediglich minderwertige Rechte (z. B. einige Kleidungs- oder Möbelstücke) zustehen ³⁾. In diesen Fällen greift § 1365 BGB seiner ratio entsprechend nicht ein, weil diese Rechte nicht als Existenzgrundlage der Familie in Frage kommen.

c) Wesentliche Rechte

Der Zweck des § 1365 BGB, die wirtschaftliche Grundlage der Familie zu sichern, wäre nur scheinbar durch die Vorschrift verwirklicht, wenn das Vermögen nur als betroffen angesehen werden könnte, falls objektiv alle Rechte von dem fraglichen Rechtsgeschäft erfaßt werden ⁴⁾. Es werden nämlich immer einige Rechte von einem Übertragungsgeschäft ausgenommen, wie z. B. das Eigentum an den zum Hausstand gehörigen Gegenständen und an Gegenständen des persönlichen Gebrauchs (z. B. Schmuck) ⁵⁾. § 1365 BGB wurde mithin nie zur Anwendung gelangen. Deshalb muß es genügen, wenn auf die für den wirtschaftlichen Schutz der Familie wesentlichen Rechte eines Ehegatten eingewirkt werden soll. Es ist bereits hervorgehoben worden, grundsätzlich verlange der Begriff des Aktivvermögens nicht, daß alle Rechte eines Rechtssubjekts betroffen werden ⁴⁾. In Ergänzung dazu ist in § 7, 4 gezeigt worden, daß es bei § 419 BGB als genügend angesehen wird, wenn das Übertragungsgeschäft sich auf die wesentlichen Vermögensrechte bezieht. Auch bei § 1365 BGB kann nach dessen ratio eine formalistische Betrachtungsweise nicht stattfinden. Die Existenzgrundlage der Familie wird dann gefährdet, wenn sich ein Ehegatte seiner Aktivwerte so weit entäußert, daß nur noch minderwertige, als Vermögensgrundlage nicht geeignete Rechte zurückbleiben.

1) OLG-Köln NJW 1962, 2109 f

2) Dazu oben unter § 3, 5

3) Dazu oben unter § 7, 4; RGZ Bd. 134, 121 ff, 124; Krüger-Breetzke-Nowak Anm. 1 zu § 1365 BGB

4) Dazu oben unter § 3, 5; a. A. Rittner FamRZ 1961, 10 f

5) Tiedau MDR 1959, 253 f

Deshalb muß § 1365 BGB bei einem solchen Rechtsgeschäft eingreifen 1).

Die Frage, ob die von dem Rechtsgeschäft ausgenommenen Gegenstände minderwertig und deshalb rechtlich unbeachtlich sind, kann aber nicht nach den gleichen Kriterien entschieden werden wie bei § 419 BGB. Beiden Bestimmungen liegt ein unterschiedlicher Maßstab zugrunde, "für was" das Vermögen "wesentlich" sein soll. Das folgt aus der Verschiedenartigkeit des Zieles beider Normen 2). Das oben 3) unter 2) aufgezeigte Beispiel weist deutlich auf die unterschiedliche Interessenlage hin, die beiden Normen zugrundeliegt. Für die Gläubiger ist entscheidend, daß sofort verwertbares Vermögen vorhanden ist. Deshalb ist für sie ein überbelastetes Grundstück wertlos. Für die Familie hingegen ist entscheidend, welche potentielle Sicherheit ein Recht jetzt oder in Zukunft zu geben geeignet ist. Das überbelastete Grundstück kann für sie von erheblichem Wert sein. Die Grundsätze, die bei § 419 BGB zu der sogenannten wirtschaftlichen Betrachtungsweise herausgearbeitet worden sind, können mithin im Rahmen des § 1365 BGB nicht herangezogen werden. Aber auch bei § 1365 Abs. 1 BGB muß die Frage, ob die ausgeschlossenen Rechte für die Sicherung der Familie in Frage kommen, durch wirtschaftliche Überlegungen geklärt werden; denn nur eine wirtschaftliche Betrachtung kann der Frage, welche Rechte die wirtschaftliche Grundlage sichern können, gerecht werden. 4) Daraus folgt, daß die zurückbleibenden Vermögensrechte daraufhin untersucht werden müssen, ob sie eine Existenzsicherung der Familie darstellen können. Dabei sind die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Familie, der Lebensstandard sowie das Verhältnis der Werte der übertragenen und zurückbleibenden Rechte zu berücksichtigen. Selbst ein wertvoller Hausstand ist z. B. nicht geeignet, als Existenzgrundlage einer kostspielig lebenden Unternehmerfamilie zu dienen; er ist deshalb bei der Frage, ob über das Vermögen eines Unternehmers "verfügt" wird, unbeachtlich 5). Andererseits sind die Gehalts- und Pensionsansprüche eines Beamten ausreichend, um die Beamtenfamilie zu erhalten; deshalb kann der Beamte ohne Einwilligung über ein Grundstück verfügen. Zweifel können bestehen, ob das auch bei einem Angestellten, Arbeiter oder freiberuflich Tätigen gelten kann, wenn sie über nicht sichere Einkünfte verfügen, keine Rentenversicherungsverträge abgeschlossen haben, die ihnen bei Arbeitsunfähigkeit oder der Familie nach ihrem Tode zugutekommen, und im wesentlichen auf ihre Arbeits-

1) Diese Ansicht stimmt mit der wohl h. M. überein; BayObLG JZ 1963, 712; BGB-RGRK Anm. 6 zu § 1365 BGB; Palandt Anm. 2 zu § 1365 BGB; Rittner FamRZ 1961, 16 unter 3; Erman, Anm. 3 zu § 1365 BGB - dort ist weitere Literatur angegeben.

2) Dazu oben unter § 7, 4

3) Dazu oben unter § 9 I 1 b

4) Beitzke DB 1961, 22 f

5) A. A. ist Tiedau MDR 1959, 253 f

kraft als Unterhaltssicherung angewiesen sind¹⁾. Dabei ist sogar der Fall denkbar, daß bei ihnen das Gehalt, der Lohn oder die sonstigen Einkünfte gegenüber einem wertvollen Aktienbesitz oder Gesellschaftsanteil als so unbedeutend für die Existenz der Familie anzusehen sind, daß sie als unwesentliche Rechte gewertet werden müssen. In diesem Ausnahmefall wurde ein Geschäft, das den Aktienbesitz oder Gesellschaftsanteil betreffe, einwilligungsbedürftig sein können. Schließlich werden Gehalt, sonstiges Arbeitseinkommen oder eine Rente dann nicht ausreichen, wenn sie für die Familienmitglieder unpfändbar sind. In diesem Fall birgt die Möglichkeit, daß sich der handelnde Ehegatte von seiner Familie trennt, ein zu großes Risiko.

Dieses Ergebnis muß noch daraufhin überprüft werden, ob es zu einer Beseitigung der Verwaltungsfreiheit des Ehegatten führt oder den Rechtsverkehr in unzumutbarer Weise beeinträchtigt und deshalb als unvernünftiges Ergebnis nicht mehr mit der ratio der Norm vereinbar ist. Dadurch, daß als Vermögen nur die wesentlichen Rechte des Ehegatten angesehen werden, wird die Tragweite der Norm erweitert; andernfalls würde nämlich § 1365 BGB nahezu überhaupt nicht zum Zuge kommen. Auch wird die Beurteilung der Frage, ob ein Ehegatte bei einem Rechtsgeschäft der Einwilligung des anderen Ehegatten bedarf, durch die erforderliche Abwägung des Wertes der ausgeschlossenen Gegenstände erschwert; die wirtschaftliche Bewertung bringt eine gewisse Unsicherheit mit sich. Sowohl der handelnde Ehegatte als auch der Dritte brauchen sich aber nach wie vor nur um die Aktiva des Ehegatten zu kümmern. Selbst dingliche Belastungen brauchen grundsätzlich nicht berücksichtigt zu werden, weil sie die potentielle Sicherheit nicht ausschließen²⁾. Dadurch ist eine erhebliche Erleichterung sowohl für den Ehegatten als auch für den Rechtsverkehr gegeben. Die noch erforderliche Wertung, ob die ausgenommenen Rechte als Existenzsicherung in Frage kommen, ist nicht so schwierig, daß sie nicht mit ziemlich großer Genauigkeit vorgenommen werden konnte. Schwierigkeiten können überhaupt nur entstehen, wenn wirklich durch ein Rechtsgeschäft die wichtigsten dem Ehegatten zustehenden Rechte ertabt werden sollen. Deshalb werden in der Praxis nicht viele Zweifelsfälle auftauchen. Damit wird aber der Anwendungsbereich des § 1365 BGB nicht über Gebühr ausgeweitet, die durch § 1364 BGB garantierte Verwaltungsfreiheit des Ehegatten bleibt grundsätzlich erhalten und der Rechtsverkehr wird nicht in untragbarer Weise erschwert.

Mithin bedarf ein Gesellschafter grundsätzlich der Einwilligung seines Ehegatten, wenn er durch eine Verfügung auf die den wesentlichen Teil seines Vermögens ausmachenden geldwerten und wirtschaftlichen Rechte einwirken will.

1) Insoweit ist wohl dem LG-Mannheim und dem OLG-Karlsruhe zuzustimmen (FamRZ 1961, 316 ff)

2) Eine Ausnahme ist jedoch denkbar, wenn einem Gesellschafter neben einem wertvollen Aktienbesitz, den er veräußern will, nur noch ein weniger wertvolles Grundstück gehört, das überbelastet ist.

3. Vermögensbruchteile

§ 1365 BGB erfaßt seinem Wortlaut nach nicht Rechtsgeschäfte über Vermögensbruchteile. Dennoch will Reinicke ¹⁾ Rechtsgeschäfte über Vermögensbruchteile als einwilligungsbedürftig ansehen ²⁾. Dieser Ansicht kann nicht zugestimmt werden ³⁾, weil der Wortlaut der Vorschrift nicht auf Vermögensbruchteile abstellt, wie es z. B. § 311 BGB ausdrücklich tut. Zu erwägen wäre höchstens eine analoge Erstreckung der Norm auf Vermögensbruchteile. Diesen Weg will Rittner ⁴⁾ gehen. Die systematische Stellung des § 1365 BGB als Ausnahmetatbestand läßt aber grundsätzlich keine analoge Heranziehung des § 1365 BGB zu, wie oben unter § 5, 1 gezeigt worden ist. Deshalb kommt eine Analogie für Vermögensbruchteile grundsätzlich nicht in Betracht. Die ratio der Bestimmung fordert auch nicht notwendig eine Analogie. Nach der Fassung der Bestimmung und deren danach ausgerichtetem Ziel ist lediglich erforderlich, die Familie vor dem Verlust der Vermögensgrundlage, also des ganzen Vermögens, zu schützen. Die Vermögensgrundlage wird aber im allgemeinen nicht beseitigt, wenn nur auf einen Vermögensbruchteil eingewirkt wird und der andere Bruchteil dem Ehegatten verbleibt, zumal das ganze Vermögen als betroffen gilt, wenn die wesentlichen Rechte erfaßt werden. Mithin sind keine Argumente ersichtlich, die so zwingend wären, daß von dem Analogieverbot abgewichen werden könnte.

Der Ansicht Kastrups ⁵⁾, ein Geschäft über Vermögensbruchteile falle dann unter § 1365 BGB, wenn der Bruchteil das wesentliche Vermögen ausmache ⁶⁾, kann nicht gefolgt werden, weil in diesem Fall das "ganze Vermögen" im Sinne des § 1365 BGB betroffen wird und § 1365 BGB bereits aus diesem Grund anwendbar ist.

1) BB 1957, 564

2) Der gleichen Ansicht waren für § 1444 a. F. BGB; BGB-RGRK, 9. Aufl., IV. Bd. Anm. 4 zu § 1444 BGB und Staudinger, 9. Aufl., IV. Bd. 1. Teil Anm. 2a zu § 1444 BGB

3) Beitzke DB 1961, 21; Fischer NJW 1960, 939; Rittner FamRZ 1961, 16; BGB-RGRK IV. Bd., 11. Aufl. Anm. 10 zu § 1365 BGB; Erman Anm. 3c zu § 1365 BGB

4) FamRZ 1961, 16

5) Diss. Seite 15 f

6) So auch Haegelte Rtspl. 1959, 5

II. Das Einbringen des wesentlichen Vermögens als Verfügung

In der Literatur zu § 1365 BGB hat sich weitgehend die Tendenz bemerkbar gemacht, den Abschluß eines Gesellschaftsvertrages nicht der Norm zu unterstellen, weil das Einbringen des Vermögens in eine Gesellschaft keine Verfügung im Sinne der Vorschrift darstelle¹⁾. Deshalb bedarf es einer eingehenden Untersuchung, ob der Gesellschaftsvertrag auf eine "Verfügung" über die wesentlichen zu dem Vermögen gehörenden Rechte im Sinne des § 1365 BGB abzielt, wenn der Gesellschafterehegatte sich verpflichtet, sein wesentliches Vermögen in die Gesellschaft einzubringen.

Streitig ist bereits, ob das Einbringen der zum Vermögen gehörigen Gegenstände in die Gesellschaft eine Verfügung im rechtstechnischen Sinne darstellt. Als Verfügung im rechtstechnischen Sinne ist dabei, wie oben unter § 3, 2 dargelegt, ein Rechtsgeschäft anzusehen, durch das die zum Vermögen gehörigen Rechte unmittelbar aufgehoben, übertragen, belastet oder ihrem Inhalt nach geändert werden. Ferner wird gerade im Rahmen des Gesellschaftsrechts mehrfach befürwortet, dem § 1365 BGB nicht den rechtstechnischen Verfügungsbegriff, sondern einen wirtschaftlichen Verfügungsbegriff zugrunde zu legen.

1) Boesebeck DB 1958, 1147; Fischer NJW 1960, 938 f; Reinicke BB 1960, 1003; Tiedau MDR 1961, 723 f; derselbe DNotZ 1961 Anhang S. 108; Wöbelauer NJW 1960, 795; Müller-Freienfels, Die Gesellschaft zwischen Ehegatten, Eranion in honorem Georgii S. Maridakis, Fußnote 76 auf Seite 475 der Festschrift (Seite 17 f des Beitrages).

A. A. sind jedoch: Beitzke DB 1961, 22 f; derselbe Familienrecht Seite 72; Eiselt JZ 1960, 562 f; Kemper Diss. Seite 63 f; Glum Diss. Seite 72 f; Mulke Diss. Seite 91 ff; Rittner FamRZ 1961, 17; Erman, Anm. 5 b aa zu § 1365 BGB; Palandt Anm. 2 zu § 1365 BGB; Buchwald-Tiefenbacher Seite 215; Schneider-Zartmann-Martin Seite 351; Soergel Anm. 15 a. § 1365 BGB; Schlegelberger-Geßler Anm. 55 a zu § 105 HGB.

Bei der großen Zahl der Stimmen, die die Anwendbarkeit des § 1365 BGB auf den Gesellschaftsvertrag bejahen, kann Tiedau nicht Recht gegeben werden, wenn er ausführt, die Rechtslehre stehe überwiegend auf dem Standpunkt, daß ein Einbringen des Vermögens in eine Gesellschaft grundsätzlich nicht unter § 1365 BGB falle (DNotZ 1961 Anhang Seite 107); in MDR 1961, 721 spricht Tiedau von einer überwiegenden Meinung, die die Anwendbarkeit des § 1365 BGB auf Gesellschaftsverträge ablehne.

1. Das Einbringen des Vermögens in eine Gesellschaft als Verfügung im rechtstechnischen Sinne

Zweifel daran, ob das Einbringen des Vermögens in eine Personalgesellschaft eine Verfügung im rechtstechnischen Sinne darstellt, werden besonders deshalb geltend gemacht, weil die Personalhandelsgesellschaft keine eigene Rechtspersönlichkeit hat. Es handelt sich vielmehr bei ihr um eine Gesamthandsgemeinschaft (§§ 105 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB in Verbindung mit den §§ 718, 719 BGB). Aber auch durch das Einbringen des Eigentums in die Gesamthandsgemeinschaft ändern sich die Eigentumsverhältnisse an dem eingebrachten Gut. Die eingebrachten Gegenstände werden nämlich gemeinschaftliches Eigentum aller Gesellschafter als Gesamthänder (§§ 105 Abs. 2 HGB in Verbindung mit § 718 BGB). Der einzelne kann über die von ihm eingebrachten Gegenstände nicht mehr frei verfügen, auch nicht über einen Anteil an den der Gesellschaft gehörenden Gegenständen (§§ 105 Abs. 2 HGB in Verbindung mit § 719 BGB). Bei der Verfügung über einen einzelnen, der Gesamthandsberechtigung unterliegenden Gegenstand bedarf es vielmehr grundsätzlich der Mitwirkung aller Gesellschaftsmitglieder, ihrer gesamten Hand (dazu §§ 114, 115 HGB, insbesondere 115 Abs. 1 2. Halbsatz HGB). Das Gesellschaftsvermögen ist wegen der Verschiedenartigkeit der Vermögensobjekte von dem Gesellschafter vollkommen getrennt¹⁾; der Gesellschafter als besonderes Rechtssubjekt hat kein Eigentum mehr an den zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen, nicht einmal mehr einen Teil des Eigentums²⁾. Seine Mitberechtigung an dem

1) Von Tuhr, Bd. I Seite 352; Rittner FamRZ 1961, 17

2) Krückmann, ZBIFG XVI, Jg. 1916, Seite 1 ff, 41 ff, beurteilt das Wesen der Gesamthandsgemeinschaft anders als oben dargestellt. Während Lehre und Rechtsprechung im allgemeinen in der Gesamthand ein weitgehend verselbständigtes Vermögenssubjekt sehen, scheint Krückmann auch bei der Gesamthand die einzelnen Teilhaber als eigenständige Träger des Vermögens mit unmittelbarem Recht an den Einzelgegenständen zu betrachten. Jedem der Teilhaber soll - wie bei der Bruchteilsgemeinschaft - das Eigentum an einem Teil der Vermögensgegenstände zustehen. Lediglich die Verfügungsbefugnis der Teilhaber sei bei der Gesamthand anders geregelt als bei der Bruchteilsgemeinschaft, die Gebundenheit der Verfügung sei das allen Gesamthandsverhältnissen gemeinsame Merkmal (insbesondere die Seiten 1, 10 f). Der Ansicht Krückmanns wird hier nicht gefolgt. Die Vorschriften der §§ 718 BGB, 2032 BGB zeigen nämlich, daß das Gesamtvermögen das Gegenstück zu der personenrechtlichen Gemeinschaft ist. Deshalb kann von einem Anteil des einzelnen Teilhabers an den einzelnen Gegenständen nicht die Rede sein; Westermann, Seite 126. Das ist im übrigen heute kaum bestritten.

einzelnen Vermögensstück ist quotenmäßig nicht festlegbar. Er ist nur insofern berechtigt, als er zusammen mit den anderen Teilhabern Subjekt des Gesamtvermögens ist ¹⁾. Das Reichsgericht hat daraus gefolgert, daß der Gesellschafter der Personalgesellschaft gegenüberstehe wie ein beliebiger Dritter und beim Einbringen seines Eigentums dieses auf die Gesamthandsgemeinschaft übertrage, das heißt, daß er darüber verfüge ²⁾.

Der Bundesgerichtshof (II, Zivilsenat) ³⁾ ist in einem Urteil vom 30. 6. 1954 von dieser bisher wohl als herrschend zu bezeichnenden Ansicht abgewichen, ohne sich - soweit ersichtlich - mit der seitherigen Rechtsprechung und Literatur auseinanderzusetzen. Die Entscheidung bezog sich jedoch nicht speziell auf den Begriff der Verfügung, sondern es handelte sich um die Anwendbarkeit des § 419 BGB ("Übernimmt jemand durch Vertrag ..."). Der Bundesgerichtshof hat ausgeführt, als "jemand" i. S. des § 419 BGB könne zwar eine Kapitalgesellschaft als juristische Person anerkannt werden, nicht aber eine Personalgesellschaft. Der Gesellschafter, der sein Vermögen in die Gesellschaft einbringe, bleibe Inhaber dieser Vermögensmasse, wenn auch in einer gesamthänderischen Bindung mit dem oder den anderen Gesellschaftern. Das Vermögen gehe also nicht auf die Gesellschaft selbst über, weil diese keine eigene Rechtspersönlichkeit besitze und deshalb auch nicht Träger eines eigenen Vermögens sein könne.

Boesebeck ⁴⁾ stützt seine Ansicht, § 1365 BGB finde bei dem Abschluß von Gesellschaftsverträgen grundsätzlich keine Anwendung, auf diese Entscheidung des Bundesgerichtshofes. Er meint, dem Einbringenden verbleibe das Vermögen, wenn auch in anderer Form, und deshalb liege keine Verfügung vor.

Der Entscheidung des Bundesgerichtshofes und der Ansicht Boesebecks kann nicht zugestimmt werden. Der Bundesgerichtshof hat bei seiner Entscheidung zu starkes Gewicht auf die Gesellschaft als selbständige Rechtspersönlichkeit gelegt und nicht beachtet, daß die Gesellschafter als Gesamthand und nicht als Gesellschaft das Subjekt des ihnen gemeinsam zustehenden Vermögens darstellen. Die Gesamthand

1) Von Tuhr aaO.; Staudinger II, Bd. 11, Aufl. Vorbem. 42a vor § 705 BGB; Westermann Seite 126; Esser, Seite 730; HGB-RGRK Bd. II Anm. 40 zu § 105 HGB; Rittner aaO. Seite 17

2) RGZ Bd. 56, 206 ff, 208 f; Bd. 56, 430 ff, 432; Bd. 65, 227 ff, 232 f; vgl. ferner im gleichen Sinne; BGHZ BB 1957, 131; Kammergericht KGJ 28, 251 ff, 252 f; Enneccerus Bd. III, Seite 353; v. Tuhr aaO. Seite 352; BGB-RGRK Bd. III 11. Aufl. Anm. 6 b zu § 925 BGB; HGB-RGRK Bd. II, Anm. 29 zu § 105 HGB; Rittner aaO. S. 17

3) DB 1954, 693 = BB 1954, 700; dazu kritisch Rittner aaO. Seite 17

4) DB 1958, 1147

als solche ist zwar keine eigene Rechtspersönlichkeit, aber doch - wie oben dargestellt - ein selbständiges Vermögenssubjekt und als solches von den einzelnen Gesellschaftern verschieden ¹⁾. Mithin bleibt der einbringende Gesellschafter nicht Eigentümer der eingebrachten Sache. Es findet ein Eigentümerwechsel statt. Das hat auch Boesebeck übersehen, indem er die Grundsätze des oben erwähnten Urteils des Bundesgerichtshofes auf § 1365 BGB übertragen wollte. Seine Ansicht mit ihren Folgerungen ist deshalb abzulehnen.

Der Bundesgerichtshof (VIII. Zivilsenat) ²⁾ hat in einer späteren Entscheidung (vom 18.12.1956), in der er ausführt, das Vermögen einer Kommanditgesellschaft sei von dem ihrer Gesellschafter zu trennen, wieder anerkannt, daß der Gesellschafter nicht Eigentümer seines Vermögens bleibt, sondern daß das Vermögen der Gesellschaft als Gesamthand zusteht. Der Bundesgerichtshof geht in diesem Urteil so weit zu sagen, das Vermögen der Offenen Handelsgesellschaft - und damit auch das der Kommanditgesellschaft - sei nicht nur in dem Verhältnis zu dem Vermögen ihrer Gesellschafter stark verselbständigt, sondern auch im Verhältnis zu dem Vermögen einer Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts, die aus denselben Personen bestehe ³⁾.

Nach diesen Erörterungen fällt also das Einbringen des wesentlichen Vermögens in eine Personalgesellschaft unter den Verfügungsbegriff im rechtstechnischen Sinne ⁴⁾, weil sich das Eigentum an dem Vermögen ändert und damit eine unmittelbare Änderung der Rechte an den Vermögensrechten gegeben ist.

2. Der wirtschaftliche Verfügungsbegriff

Wörbelauer, Fischer, Reinicke und Tiedau wollen aber § 1365 BGB nicht auf einen Gesellschaftsvertrag anwenden, weil der rechtstechnische Verfügungsbegriff im

1) Schlegelberger-Geßler, Anm. 55 a zu § 105 HGB; v. Tuhr aaO. Seite 348, 352; RGZ Bd. 56, 206 ff, 209; Bd. 65, 227 ff, 232 f, 238 f - Das Reichsgericht führt in dieser Entscheidung eingehend aus, beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer Gesamthandsgemeinschaft werde trotz der Anwachsung des Gesellschaftsanteils des Ausscheidenden nicht über die Gegenstände des Gesellschaftsvermögens (Grundstücke) verfügt; selbst dann nicht, wenn die Gesellschaft nur aus zwei Teilhabern gebildet gewesen sei (§ 142 HGB). Die Gesamthand sei ein selbständiges Vermögenssubjekt, das durch den Gesellschafterwechsel nicht berührt werde.

2) BB 1957, 131

3) Der gleichen Ansicht ist u. a. von Tuhr aaO. Seite 253; auf die Frage wird später unter § 10 ausführlich eingegangen werden.

4) Das verkennen nicht Fischer NJW 1960, 939; Reinicke BB 1960, 1003; Tiedau MDR 1961, 724

Rahmen des § 1365 BGB nicht verwertbar sei. Sie vertreten die Ansicht, nach der ratio des § 1365 BGB müsse dieser Bestimmung ein wirtschaftlicher Verfügungsbegriff zugrundegelegt werden, der den Gesellschaftsvertrag nicht erfasse. Ihnen ist zuzugeben, daß der rechtstechnische Verfügungsbegriff nicht zwingend dem § 1365 BGB zugrundegelegt werden muß. Wie oben unter § 3, 2 dargelegt worden ist, ist der rechtstechnische Verfügungsbegriff eine Konstruktion der Rechtsprechung und der Rechtslehre. Eine gesetzliche Definition gibt es nicht. Deshalb ist denkbar, daß die Auslegungselemente des § 1365 BGB eine abweichende Bestimmung des Begriffes im Rahmen dieser Norm fordern und zulässig erscheinen lassen.

a) Theorie Wörbelaunders (Berücksichtigung des Entgelts)

Wörbelauner¹⁾ hält eine einschränkende Auslegung des § 1365 BGB für möglich und geboten, wenn das Rechtsgeschäft sich auf einzelne Vermögensstücke bezieht, die objektiv das wesentliche Vermögen des Ehegatten darstellen. § 1365 BGB könne dann nicht herangezogen werden, wenn Rechtsgeschäfte nur auf die Umschichtung und Anlage des Ehegattenvermögens abzielten. Der grundsätzlichen Verfügungsfreiheit der Ehegatten und der Sicherheit des Rechtsverkehrs gebühre insoweit der Vorrang vor der im Einzelfall denkbaren Beeinträchtigung des Substrats; denn in der Regel greife eine Vermögensumschichtung das Substrat nicht an: nur seine Art oder seine Zusammensetzung ändere sich. Aus diesen Überlegungen folgert Wörbelauner: "Umsatz- und Anlagegeschäfte über Einzelgegenstände sowie über Geld und Geldkonten sind niemals Verpflichtungen zur Verfügung über das Vermögen im ganzen, auch wenn solche Gegenstände praktisch das ganze Vermögen des Ehegatten ausmachen."

Wörbelauner will aber Geschäfte über Unternehmen dem § 1365 BGB unterstellen, weil dabei nicht ein Rechtsgeschäft über einen Einzelgegenstand vorliege, sondern ein Vermögenskomplex betroffen werde. Dagegen soll ein Ehegatte die Einwilligung des anderen Ehegatten nicht benötigen, wenn er sich mit Barvermögen, einem Grundstück oder einem Wertpapierdepot an einem Unternehmen beteiligt. Hier handele es sich um reine Umsatz- oder Anlagegeschäfte, die auch im Falle der Beteiligung an einer Gesellschaft nur dann zustimmungsbedürftig seien, wenn Gegenstand der Einbringung nicht bares Geld, sondern das bisher von dem Ehegatten betriebene Unternehmen, ein Vermögenskomplex, sei. Entscheidend für die Frage, ob es sich um ein Umsatz- oder Anlagegeschäft handelt, soll der aus dem Geschäft selbst, insbesondere aus den persönlichen Beziehungen und der Art der von dem Vertragspartner etwa als Gegenleistung übernommenen Verpflichtungen ersichtliche Charakter sein.

1) NJW 1960, 795

Diese Ansicht Wörbelaunders kann nicht gebilligt werden. Sie läuft darauf hinaus, daß zumindest dann, wenn der Ehegatte über einzelne Gegenstände, die tatsächlich sein Vermögen ausmachen, verfügt, das Entgelt darüber bestimmt, ob § 1365 BGB eingreift. Entscheidend wäre, ob der Ehegatte eine wirtschaftliche Einbuße erleidet. Das träte regelmäßig dann nicht ein, wenn der einbringende Gesellschafter einen vollwertigen Gesellschaftsanteil erhielte ¹⁾, obwohl auch dann eine Vermögensgefährdung gegeben sein könnte. Für eine derartige Einschränkung des Verfügungsbegriffes findet sich im Gesetz aber keine Stütze ²⁾.

Der Wortlaut des § 1365 BGB spricht dafür, daß der Verfügungsbegriff im rechtstechnischen Sinne verwendet wird. Das ergibt sich aus der Gegenüberstellung der Begriffe "Verfügung", "Verpflichtung", "Erfüllung" und "Verwaltung" in den §§ 1364 und 1365 BGB ³⁾. Danach ist die Gegenleistung für die Frage, ob über ein Recht verfügt wird, völlig unbeachtlich ⁴⁾, weil es nur auf die unmittelbare Veränderung des Rechtsinhaltes ankommt.

1) Fischer NJW 1960, 939

2) BGHZ FamRZ 1961, 305

3) Dazu oben unter § 3, 2

4) Die Frage, ob das Entgelt eine Rolle spielt, wird verneint bei

§ 1444 a.F. BGB von: Planck-Unzner, IV. Bd., 1. Hälfte, Anm. 1 zu § 1444 BGB; § 419 BGB; RGZ Bd. 69, 283 ff, 288; Bd. 148, 257 ff, 265; BGHZ Bd. 33, 123 ff, 125; Laue AcP 146, 171 ff;

§ 1365 BGB; BGHZ FamRZ 1961, 305; OLG-Hamm Rtspl. 1960, 227 ff, 228; BayOblG JZ 1963, 712; Barmann JZ 1959, 225 f; Beitzke JR 1961, 342; Fischer NJW 1960, 939; Haegele Rtspl. 1960, 272; derselbe Rtspl. 1959, 6; derselbe Rtspl. 1959, 244; Linderhaus (bei Haegele) Rtspl. 1960, 272; Reinicke BB 1960, 1004; Riedel MDR 1962, 5; Glum Diss. S. 43 ff; Eppig Diss. S. 26 f; Kastrup Diss. S. 18 f; Mülke AcP 161, 142 f; Schlegelberger-Geßler, Anm. 55a zu § 105 HGB; Soergel Bd. IV Anm. 13 zu § 1365 BGB; Schippel DNotZ 1961, 26 mit weiteren Hinweisen.

Die Ansicht Wörbelaunders wird hingegen geteilt von: Meyer-Stolte FamRZ 1961, 363 f; er will das Entgelt in jedem Fall berücksichtigen, so daß kein entgeltliches Rechtsgeschäft zustimmungspflichtig wäre. Seiner Ansicht kann aus den gleichen Gründen, die zur Ablehnung der Theorie Wörbelaunders führen, nicht gefolgt werden.

Breetzke, NJW 1960, 1466, will der Entgeltlichkeit eines Geschäftes in gewissen Fällen Wert beimessen.

Schulz-Kersting, JR 1959, 137, deutet ebenfalls an, daß er die wirtschaftlich sinnvolle Veräußerung eines Rechts gegen Entgelt nicht als Verfügung i. S. des § 1365 BGB ansehen will.

In abgeschwächter Form legen auch Rittner, FamRZ 1961, 16 f, und ihm fol-

Auch der systematische Zusammenhang des § 1365 Abs. 1 BGB mit Abs. 2 der Norm weist darauf hin, daß das Entgelt bedeutungslos ist. Wie oben unter § 5, 2 aufgezeigt wurde, ist nach § 1365 Abs. 2 BGB die Einwilligung gemäß Abs. 1 auch bei ordnungsgemäßen Verwaltungshandlungen erforderlich, soweit die anderen Voraussetzungen der Norm erfüllt sind. Gerade die entgeltlichen Rechtsgeschäfte sind aber als ordnungsgemäß anzusehen. Deshalb spricht § 1365 Abs. 2 BGB dafür, daß sie von Abs. 1 der Vorschrift erfaßt werden ¹⁾.

Diese beiden Argumente gegen eine Berücksichtigung des Entgelts werden durch die ratio des § 1365 BGB erhärtet. Das Ziel der Vorschrift, die Existenzgrundlage der Familie zu sichern, wird grundsätzlich erreicht, wenn der Wert des Vermögens nicht beeinträchtigt wird ²⁾. Das bei einer geschäftlichen Transaktion angemessene Entgelt ist aber nicht immer geeignet, eine Sicherung der Existenzgrundlage zu garantieren. Das folgt einmal aus der bereits oben ³⁾ erwähnten Ungleichheit des Wertes, den die Vermögenssubstanz einerseits für das Rechtsgeschäft und andererseits für die Existenz der Familie besitzen kann. Der Wert, der einem Recht für die Existenz der Familie zukommt, kann nämlich nicht nach der Höhe des wirtschaftlich sinnvollen Entgelts, nach der gegenwärtig sinnvollen Realisierbarkeit, errechnet werden. Er muß vielmehr mit Rücksicht darauf bestimmt werden, welche Sicherheit das Recht der Familie in der Gegenwart oder in der Zukunft zu geben vermag. So hat das überbelastete Hausgrundstück keinen oder nur einen geringen Verkaufswert und das wirtschaftlich angemessene Entgelt ist dementsprechend niedrig ⁴⁾. Das Grundstück ist für die Existenz der Familie wegen seiner potentiellen Sicherheit aber von großer Bedeutung. Die Errechnung des Entgelts findet mithin auf einer ganz anderen Ebene statt als die des Wertes, den ein Recht

Fortsetzung der Fußnote 4 von Seite 101:

4) gend Tiedau, DNotZ 1961 Anhang S. 104, MDR 1961, 722, Gewicht auf die Gegenleistung. Tiedau beruft sich zu Unrecht auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofes in BGHZ Bd. 33, 123 ff., 125. Der BGH gibt dort zwar zu erkennen, daß er Fälle für möglich hält, die bei § 419 BGB die Berücksichtigung des Entgelts zulassen. Er stimmt grundsätzlich aber voll der Rechtsprechung des Reichsgerichts zu. Rittner distanziert sich ausdrücklich von der wirtschaftlichen Betrachtungsweise; aaO. Seite 5 ff

1) Mülke AcP 101, 143; Glum Diss. S. 45 ff. sie weist darauf hin, daß dieser Schluß auch aus anderen Bestimmungen gerechtfertigt werden kann;

BGH FamRZ 1961, 305 - der Bundesgerichtshof wendet sich ausdrücklich gegen Wörbelauer und führt aus, Wörbelauers Ansicht finde keine Stütze im Gesetz.

2) Dazu oben unter § 6, 2 d

3) Dazu oben unter § 9 I 1 b

4) Dazu oben unter § 9 I 1 b Fall (2)

für die Existenz der Familie hat. Deshalb braucht auch ein angemessenes Entgelt im Rechtsverkehr nicht einen vollwertigen Ersatz i. S. des § 1365 BGB abzugeben; es ist zumindest ungeeignet, als Kriterium dafür zu dienen, wann ein Geschäft nach Sinn und Zweck des § 1365 BGB einwilligungsbedürftig sein soll.

Darüberhinaus ist es aus weiteren Gründen nicht tragbar, die Gegenleistung für die Anwendbarkeit des § 1365 BGB entscheidend sein zu lassen; dabei ist es gleichgültig, ob sich das wesentliche Vermögen nur aus einem Recht oder aus einer Rechtsgesamtheit zusammensetzt. Zunächst wurde das Ausnehmen entgeltlicher Geschäfte, wie z. B. der Anlage- oder Umsatzgeschäfte, aus dem Geltungsreich des § 1365 BGB dem handelnden Ehegatten ermöglichen, die Bestimmung zu umgehen. Das gilt besonders für die Fälle, in denen die Gegenleistung in Geld oder in anderen leicht verwertbaren Sachen besteht. Der Ehegatte kann nämlich sein Vermögen nicht oder zumindest nicht völlig ohne Zustimmung des anderen Ehegatten veräußern, wenn es nur aus einem Recht besteht oder aus mehreren wertmäßig bedeutsamen Rechten. Falls das Vermögen sich hingegen aus vielen kleinen Einzelrechten zusammensetzt, ist eine zustimmungsfreie Veräußerung durch zahlreiche, nicht einwilligungsbedürftige Teilakte möglich. Einwilligungsbefähigt ist nur der letzte Veräußerungsteilakt, es sei denn, es läßt sich ein Gesamtveräußerungswille nachweisen¹⁾. Selbst wenn der handelnde Ehegatte bewußt das ganze Vermögen verschleudern will, wird sich ihm der Gesamtveräußerungswille kaum nachweisen lassen, so daß er auch in diesem Fall die Einwilligung des anderen Ehegatten lediglich für den letzten Teilakt benötigt. Die Familie könnte sich somit nicht gegen eine Verschleuderung des Vermögens schützen, wenn die erste Veräußerung oder "Umsetzung" der Vermögenssubstanz wegen ihrer Entgeltlichkeit zustimmungsfrei wäre²⁾.

Eine weitere Umgehungsmöglichkeit ergibt sich speziell auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts. Der Gesellschafterehegatte bringt sein wesentliches Vermögen in eine Gesellschaft, die notfalls zu diesem Zweck gegründet wird, ein und er-

1) Dazu unten § 13

2) Glum Diss., Seite 44 f; Kastrup Diss., Seite 19 f. Mülke, AcP 161, 142, ist hingegen der Ansicht, dieses Argument könne nicht herangezogen werden. Eine Umsetzung des Vermögens in Bargeld sei keine 'unmittelbare' Gefährdung der Existenzgrundlage. Diese Argumentation erscheint zu formalistisch. Es stellt bereits eine unmittelbare Gefährdung der Existenzgrundlage der Familie dar, wenn das schwer verwertbare Vermögen in leicht verbrauchbare Rechte umgewandelt wird, weil insoweit eine nachteilige Veränderung der Vermögensgrundlage gegeben ist; es fehlt lediglich an einem unmittelbaren Verlust. Zudem ist kein Grund ersichtlich, der eine unmittelbare Gefährdung der Existenzgrundlage in dem von Mülke verstandenen Sinne erforderlich sein ließe.

hält dafür eine gleichwertige Gesellschaftsbeteiligung. Später überträgt er als Gesellschafter das Vermögen einem Dritten und holt damit den Wert der Gesellschaft und auch des zu seinem Vermögen gehörigen Gesellschaftsanteils aus. Als Gesellschafter "vertigt" er nicht über sein Vermögen, sondern über das der Gesellschaft; deshalb benötigt er dazu nicht die Zustimmung seines Ehegatten, gleichgültig, ob er das Vermögen ordnungsgemäß veräußert oder verschleudert. Der Gesellschafterehegatte könnte mit seinem Vermögen also machen was er will, ohne daß die Familie geschützt wäre, wenn das Einbringen des Vermögens in die Gesellschaft wegen der Entgeltlichkeit zustimmungsfrei wäre.

Die Ausklammerung entgeltlicher Geschäfte aus dem Kreis der vinkulierten bedingt ferner eine weitere wesentliche Gefahr für die Familie. Sie wurde bewirken, daß Spekulationsgeschäfte nicht zustimmungsbedürftig waren. Dabei ist bei den in Betracht kommenden Geschäften die Möglichkeit, daß es sich um Spekulationsgeschäfte handelt, gar nicht gering. Ein vorsichtiger Unternehmer oder Geschäftsmann wird nämlich in der Regel nicht sein gesamtes Vermögen bei einer Transaktion einsetzen. Oft wird spekulative Absicht vorhanden sein und ein erhöhtes Risiko eingegangen werden, wenn das gesamte Vermögen umgesetzt wird. Gerade in diesen Fällen ist aber dringend erforderlich, daß dem anderen Ehegatten ein Mitspracherecht zusteht.

Aus diesen Ausführungen erhellt, daß die Familie durch eine Herausnahme entgeltlicher Geschäfte aus dem Anwendungsbereich des § 1365 BGB gerade dann eines wirksamen Schutzes entbehren müßte, wenn sie ihn am dringendsten benötigt, nämlich wenn der handelnde Ehegatte böswillig das Vermögen verschleudern und deshalb § 1365 BGB umgehen will oder wenn er in Spekulationsabsicht handelt. Da diese Geschäfte nach der ratio des § 1365 BGB vinkuliert sein müssen, sind die durch die Erstreckung der Norm auf entgeltliche Geschäfte verursachten Unannehmlichkeiten in Kauf zu nehmen. Die Unannehmlichkeiten sind ohnehin in den Normalfällen äußerst gering, weil es - außer in bedenklichen Fällen - kaum zu Geschäften über das wesentliche Vermögen kommen wird, bei denen der andere Ehegatte nicht ohne weiteres einwilligt oder die Einwilligung von dem Vormundschaftsgericht ersetzt wird.

Schließlich würde die Ausklammerung entgeltlicher Geschäfte noch wegen der Abgrenzungsschwierigkeiten zusätzlich eine erhebliche Gefährdung des Rechtsverkehrs mit sich bringen, die vermieden werden muß. Der Gegenleistung kann nämlich nicht immer sicher angeeignet werden, ob sie ein geeignetes Äquivalent für die aufgegebene Vermögenssubstanz darstellt¹⁾. Damit ist aber auch für die Vertragsparteien nicht immer erkennbar - zumindest nicht für beide -, ob das Geschäft die Existenz der Familie gefährdet und damit der Zustimmung des anderen Ehegatten

1) Mülke AcP 161, 143; Kastrup Diss. Seite 20

bedarf. Das ist insbesondere bei Spekulationsgeschäften der Fall. Diese Gefahr zeigt sich nicht nur bei einem Verkauf gegen Geld, sondern auch bei Vermögensumschichtungen und -anlagen. Die Beteiligung an einer Gesellschaft, der Erwerb eines Gesellschaftsanteils, eines Aktienpaketes oder der Tausch eines Gesellschaftsanteils gegen einen anderen können sich nach Abschluß des obligatorischen Vertrages oder nach Vollzug des Geschäftes als äußerst unvorteilhaft und damit als zustimmungsbedürftig herausstellen. Würde also auf das Entgelt abgestellt, so ergäbe sich eine unerträgliche Belastung des Rechtsverkehrs. Der Ehegatte könnte das von ihm Geleistete gemäß § 1368 BGB zurückverlangen, wenn sich herausstellte, daß die Verfügung ein Mißgriff war. Der Vertragspartner hatte von ihm vor der Verfügung nicht einmal, um sich zu sichern, die Zustimmung des anderen Ehegatten verlangen können, wenn das Entgelt zu dieser Zeit noch vollwertig war ¹⁾. Zumindest müßte der Vertragspartner durch ein Bestehen auf der Zustimmung des anderen Ehegatten den handelnden Ehegatten auf die besondere Risikolage deutlich hinweisen - in viel stärkerem Maße, als es seine allgemeine Aufklärungspflicht erfordert.

Der handelnde Ehegatte könnte ein Spekulationsgeschäft abschließen in der Gewißheit, daß er den obligatorischen Vertrag nicht einzuhalten braucht, wenn sich der Wert der Gegenleistung in der Zeit bis zu der Erfüllung des Vertrages wesentlich verschlechtert, weil für das Zustimmungserfordernis der Zeitpunkt der Verfügung entscheidend ist ²⁾. Die Berücksichtigung des Entgelts würde also nicht zu einer Erleichterung des Geschäftsverkehrs führen, wie Wöbelauer anzunehmen scheint, sondern zu einer unerträglichen Gefährdung. Sie würde geradezu einen Anreiz zu Spekulationsgeschäften bieten.

Deshalb verbietet die ratio des § 1365 BGB eine Berücksichtigung des Entgelts bei der Frage, ob ein einwilligungsbedürftiges Geschäft vorliegt.

Die Motive und der Vergleich mit ähnlichen Vorschriften bestätigen das gefundene Ergebnis. Der Gesetzgeber hat nämlich den § 1365 BGB dem § 1444 a. F. BGB nachgebildet ³⁾, in dessen Rahmen die Gegenleistung nicht berücksichtigt wurde ⁴⁾. Auch der Vergleich mit § 419 BGB zeigt, daß das Entgelt für die Anwendbar-

1) Zu denken ist etwa an die geplante Beteiligung des Ehegatten an einer Gesellschaft, die saniert werden soll, wo der Abschluß des Geschäftes, das die Sanierung bewirken sollte, aber im letzten Moment doch nicht zustandekommt; oder an die Beteiligung an einer Gesellschaft, die durch einen überraschenden branchenmäßigen oder allgemeinwirtschaftlichen Rückschlag unmittelbar vor der Transaktion betroffen worden ist.

2) Dazu unten unter § 14, 2

3) Dazu oben unter § 4, 2

4) Planck-Unzner Bd. IV Anm. 1 zu § 1444 BGB: § 1444 a. F. wäre sogar wegen des § 1446 a. F. BGB überflüssig gewesen, falls er nur auf unentgeltliche Geschäfte anwendbar gewesen wäre, Mülke AcP 161, 143

keit des § 1365 BGB bedeutungslos ist ¹⁾).

Keines der Auslegungselemente des § 1365 BGB spricht also dafür, das Entgelt zu berücksichtigen. Vielmehr ergeben sich aus dem Wortlaut, der systematischen Stellung und der ratio der Norm zwingende Gründe, die gegen eine Beachtung der Gegenleistung sprechen. Deshalb ist die Gegenleistung für die Anwendbarkeit der Norm unbeachtlich; Anlage- und Umsatzgeschäfte sind im Rahmen der Vorschrift ebenso zustimmungsbedürftig wie andere entgeltliche und unentgeltliche Rechtsgeschäfte.

b) Wirtschaftliche Betrachtungsweise im engeren Sinne

Fischer ²⁾ verneint die Anwendbarkeit des § 1365 BGB grundsätzlich auf den Abschluß von Gesellschaftsverträgen, weil wirtschaftlich gesehen keine Verfügung vorliege. Wirtschaftlich gesehen verbleibe dem Einbringenden ein Teil seines Eigentums in der Form seiner Gesamthandsbeteiligung am Gesellschaftsvermögen; das Einbringen eines Handelsunternehmens stelle sich nicht viel anders dar, als die Überlassung einer Bruchteilsquote an dem Unternehmen ³⁾. Bedenke man angesichts dieses Vergleichs, daß nach herrschender und richtiger Auffassung ein Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft über einen Bruchteil des Vermögens von der Vorschrift des § 1365 BGB nicht erfaßt werde, so sei nach dem Grundgedanken der Norm unabweisbar, daß die Einbringung eines Handelsgeschäfts in eine Gesellschaft ebenfalls aus dem Anwendungsbereich des § 1365 BGB herauszulassen sei. Denn bei der Anwendung des § 1365 BGB komme es nur darauf an, die Verfügung eines Ehegatten über den wirtschaftlichen Gesamtwert seines Vermögens ohne Zustimmung des anderen Ehegatten zu verhindern. Davon könne aber bei dem Einbringen eines Handelsgeschäftes nicht gesprochen werden, weil dem Einbringenden ein entsprechender Anteil an dem Gesellschaftsvermögen verbleibe, er also wirtschaftlich gesehen nicht über den Gesamtwert seines Vermögens verfüge.

Reinicke ⁴⁾ vertritt weitgehend die gleiche Auffassung. Er geht davon aus, § 1365 BGB sei grundsätzlich eng auszulegen. Auch sei eine wirtschaftliche Betrachtungsweise anzuwenden. Für die Entziehung der wirtschaftlichen Grundlage reiche nicht aus, daß ein Ehegatte rechtlich über sein Vermögen im ganzen verfüge. Habe jemand sein Handelsgeschäft, aus dem sein Vermögen im ganzen bestehe, in eine Offene Handelsgesellschaft eingebracht, so habe er zwar im Rechtssinne über sein

1) RGZ Bd. 69, 288; Bd. 148, 265; BGHZ Bd. 33, 125 - im übrigen zu der Problematik Glum Diss. Seite 45

2) NJW 1960, 939

3) Hier ist eine gewisse Ähnlichkeit mit der Lehre Krüickmanns (ZBIFG 1916, 1 ff) festzustellen; dazu oben unter § 9 II 1 (Anmerkung)

4) BB 1960, 1003

Vermögen im ganzen verfügt; das Geschäft gehöre ihm nicht mehr allein, sondern ihm in gesamthänderischer Bindung mit den anderen Gesellschaftern. Wirtschaftlich gesehen sei ihm jedoch sein Vermögen, wenn auch in rechtlich anderer Ausgestaltung, im wesentlichen verblieben.

Tiedau ¹⁾ schließt sich im wesentlichen diesen Auffassungen an; nach ihm kommt es für die Frage des Zustimmungserfordernisses auf die Aushöhlung der rechtlichen und wirtschaftlichen Position des einbringenden Gesellschafters an.

Auch der Ansicht dieser drei Autoren kann nicht zugestimmt werden ²⁾. Ihre Darlegungen unterscheiden sich von der Boesebecks dadurch, daß sie das Vorliegen einer Verfügung im rechtlichen Sinne nicht leugnen. Auch mit der Theorie Wöbelauers stimmen sie nicht überein, obwohl eine starke Ähnlichkeit der Auffassungen vorhanden ist. Sie gehen nämlich nicht davon aus, die Gegenleistung sei für die Frage, ob § 1365 BGB anwendbar ist, entscheidend. Vielmehr argumentieren sie, wirtschaftlich gesehen werde das Vermögen überhaupt nicht umgesetzt; es verbleibe dem handelnden Ehegatten, wenn auch in rechtlich anderer Form.

Gegen ihre Auffassung spricht zunächst wiederum der Wortlaut des § 1365 Abs. 1 BGB ³⁾. Insoweit kann auf die Ausführungen oben unter § 9 II 2 a und unter § 3, 2 verwiesen werden. Hier ist noch hervorzuheben, daß der Wortlaut keinerlei Anhaltspunkt für die Notwendigkeit einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise gibt. Zweifel aus der Interpretation des Wortlauts können sich lediglich dadurch ergeben, daß es in § 1365 Abs. 1 BGB heißt, es müsse über das Vermögen im ganzen verfügt werden. Oben unter § 3, 6 ist dargelegt worden, die Worte "im ganzen" würden darauf hindeuten, daß das Vermögen in seinem gesamten Wert von dem Rechtsgeschäft betroffen werden müsse. Das ist nicht der Fall, wenn ein Grundstück im Wert von 100 000,- DM mit einer erstrangigen Hypothek von 1 000,- DM belastet wird, weil dann der Eigentümer des Grundstücks auch weiterhin dessen Alleineigentümer bleibt, er das Verwaltungsrecht über das gesamte Grundstück behält, ihm der größte Teil des Grundstückswertes verbleibt ⁴⁾ und das Grundstück mit dem größten Teil seines Wertes in dem Einflußbereich der Familie belassen wird. Durch das Einbringen in die Gesellschaft wird hingegen das Vermögen in seinem gesamten Wert dem Alleineigentum und dem Alleinverwaltungsrecht des Ehegatten und dem Einflußbereich der Familie entzogen. Deshalb läßt sich dieser Passus des Wortlauts nicht zugunsten der wirtschaftlichen Betrachtungsweise heranziehen ⁵⁾.

1) MDR 1961, 724; DNotZ 1961 Anhang Seite 108

2) Eiselt JZ 1960, 563; Beitzke DB 1961, 23; Schlegelberger-Geßler Bd. II, Anm. 50a zu § 105 HGB; Rittner FamRZ 1961, 5 ff

3) Beitzke DB 1961, 23

4) Beitzke aaO.

5) Beitzke DB 1961, 22

Auch der systematische Zusammenhang des § 1365 Abs. 1 BGB mit Abs. 2 der Vorschrift läßt darauf schließen, daß nicht der wirtschaftliche Verfügungsbegriff, sondern der rechtstechnische anzuwenden ist¹⁾. Aus § 1365 Abs. 2 BGB ergibt sich klar, daß auch wirtschaftlich gesehen ordnungsgemäße und sinnvolle Geschäfte zustimmungspflichtig sind. Daraus folgt, daß eine wirtschaftliche Wertung der Rechtsgeschäfte für § 1365 Abs. 1 BGB belanglos ist.

Diese Folgerungen aus dem Wortlaut und der systematischen Stellung des § 1365 BGB werden durch die ratio bestätigt. Es trifft nicht zu, daß das Einbringen des Vermögens in eine Gesellschaft mit der Veräußerung eines Vermögensbruchteils verglichen werden kann. Bei dem zustimmungsfreien Geschäft über den Bruchteil eines Vermögens geht allein dieser Bruchteil in fremdes Eigentum über, während der andere Teil des Vermögens im Alleineigentum des Ehegatten verbleibt²⁾. Bei dem Einbringen eines Handelsgeschäfts in eine Gesellschaft behält hingegen der Ehegatte keinen Bruchteil des Unternehmens in Alleineigentum oder in alleiniger Verwaltung. Auch bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise läßt sich nicht übersehen, daß er die Alleinherrschaft über das gesamte Vermögen verliert. Das Eigentum geht rechtlich auf die Gesamthand über und wirtschaftlich ergeben sich daraus einschneidende Konsequenzen³⁾. Dem Einbringenden steht nämlich überhaupt kein Eigentum mehr an den zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen zu, nicht einmal mehr ein Teil des Eigentums. Er ist an dem eingebrachten Gut nur noch insoweit berechtigt, als er zusammen mit den anderen Gesellschaftern Subjekt des Gesellschaftsvermögens ist. In der Verwaltung ist der Gesellschafterehegatte nicht mehr frei. Selbst wenn er allein zur Geschäftsführung berufen ist, können die anderen Gesellschafter erheblichen Einfluß auf seine Handlungen nehmen (etwa der § 115 Abs. 1 2. Halbsatz HGB). Zur Geschäftsführung sowie zur Vornahme von Verwaltungshandlungen mit Außenwirkung (Vertretung) sind grundsätzlich alle Gesellschafter berechtigt und jeder, also auch die Mitgesellschafter, kann allein handeln (§§ 125, 126, 161 Abs. 2 HGB). Der Gesellschafterehegatte kann sogar unter Umständen von der Verwaltung des Vermögens völlig ausgeschlossen werden. Er verliert das Alleinverwaltungsrecht über die eingebrachte Vermögenssubstanz nicht nur gänzlich, sondern er verliert es auch endgültig. Falls er nämlich aus der Gesellschaft gemäß den §§ 138, 140, 141, 142 HGB ausscheidet, erhält er gemäß den §§ 105 Abs. 2 HGB in Verbindung mit 738 BGB eine Abfindung, die weit geringer sein kann als der Wert des eingebrachten Vermögens⁴⁾. Sein Anteil an dem Vermögen wächst den Gesellschaftspartnern an. Wenn

1) Dazu oben unter § 9 II 2 a und unter § 5, 2 b

2) Eiselt JZ 1960, 563

3) Dazu oben unter § 9 II 1

4) Dabei ist zu bedenken, daß der Gesellschafter ohne seine eventuell einwilligungsbedürftige Kündigung nach den §§ 140 bis 142 HGB zum Ausscheiden gezwungen werden kann. Er erhält dann eine Abfindung, auch wenn diese im Gesellschaftsvertrag nicht vereinbart worden war. Die Gesellschaft besteht weiter.

die Gesellschaft liquidiert wird, wird der Überschuß des Gesellschaftsvermögens nach § 155 HGB unter die Gesellschafter verteilt. Der Ehegattengesellschafter hat weder einen dinglichen noch einen schuldrechtlichen Anspruch auf Rückgewahr des eingebrachten Vermögens. Er erhält sein Vermögen nicht zurück. Aus diesen Erwägungen erhellt, daß die rechtliche Umgestaltung der Vermögensverhältnisse sich auch wirtschaftlich auswirkt; daß die rechtliche und wirtschaftliche Betrachtungsweise im vorliegenden Fall überhaupt nicht getrennt werden können.

Der Gesellschaftsanteil, den der Ehegatte auf Grund des Gesellschaftsvertrages erhält, ist wegen der rechtlichen Umgestaltung der Eigentumsverhältnisse auch wirtschaftlich gesehen nicht mit dem eingebrachten Vermögen identisch; er ist vielmehr ein aliud und stellt eine Gegenleistung dar. Als Entgelt hat er aber, wie oben unter § 9 II 2 a ausgeführt worden ist, keine Bedeutung für die Beurteilung der Frage, ob eine einwilligungsbedürftige Verfügung vorliegt.

Wie weit das Vermögen auch wirtschaftlich gesehen der Familie des Gesellschafters durch das Einbringen in die Gesellschaft entfremdet wird, ergibt sich aus folgender Überlegung: Das eingebrachte Vermögen steht nicht mehr in dem Eigentum des Gesellschafters, sondern in dem der Gesellschaft. Deshalb kann über das Vermögen verfügt werden, ohne daß der andere Ehegatte und damit die Familie ein Mitspracherecht haben ¹⁾. Selbst wenn es uno actu und unentgeltlich von dem Gesellschafterehegatten veraußert würde, handelte er als Gesellschafter und bedürfte als solcher nicht der Einwilligung i. S. des § 1365 BGB.

Das Verhältnis, das dem Gesellschafterehegatten in der Gesellschaft noch zu seinem Vermögen bleibt, rechtfertigt somit nicht, davon zu sprechen, das eingebrachte Vermögen verbleibe ihm wirtschaftlich gesehen. Deshalb liegt ein Fall vor, der nach der ratio des § 1365 BGB einwilligungsbedürftig sein muß.

Sinn und Zweck der Norm gebieten noch aus einem weiteren Grund die Ablehnung des wirtschaftlichen Verfügungsbegriffes. Wie bereits oben unter § 9 II 2 a erwähnt worden ist, würde nämlich dadurch, daß das Einbringen des Vermögens in eine Gesellschaft als nicht einwilligungsbedürftiges Rechtsgeschäft angesehen wurde, die Möglichkeit eröffnet, § 1365 BGB zu umgehen. Der Ehegattengesellschafter könnte das Vermögen verschleudern, nachdem er es in die Gesellschaft eingebracht hätte, ohne die Einwilligung des anderen Ehegatten zu benötigen.

Schließlich bestünde auch auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts die Gefahr, daß Spekulationsgeschäfte nicht vinkuliert wären, obwohl sie sich auf die gesamte Vermögenssubstanz bezögen.

Wortlaut, systematischer Zusammenhang und ratio des § 1365 BGB lassen also eine Anwendung des wirtschaftlichen Verfügungsbegriffes nicht zu. Dieses Ergebnis

1) Tiedau MDR 1961, 724

wird durch den Vergleich mit der Auslegung, die die § 1365 BGB ähnlichen Bestimmungen erfahren haben, bestätigt. Soweit ersichtlich, wurde nämlich bisher der Verfügungsbegriff jeweils im rechtstechnischen Sinne verstanden ¹⁾. Selbst in der früher erwähnten Entscheidung des Bundesgerichtshofes ist der BGH nicht von dieser Deutung abgewichen ²⁾. Die Besonderheit der Entscheidung lag vielmehr darin, daß das Gericht eine Gesamthandsgemeinschaft nicht als ein selbständiges Vermögenssubjekt anerkannte.

Auch aus den Motiven kann kein Argument für den wirtschaftlichen Verfügungsbegriff hergeleitet werden. Zwar glaubte der Gesetzgeber, § 1365 BGB werde nur in wenigen Fällen zum Tragen kommen; es war aber keine Rede davon, daß die Gesetzesterminologie verändert werden sollte. Vielmehr wurde auf § 1444 a.F. BGB Bezug genommen, in dem der rechtstechnische Verfügungsbegriff verwendet ist ³⁾.

Die Auslegungselemente des § 1365 BGB ergeben mithin, daß auch der wirtschaftliche Verfügungsbegriff i. S. Fischers, Reinickes und Tiedaus nicht zugrundegelegt werden kann.

3. Die Verwendbarkeit des rechtstechnischen Verfügungsbegriffes

Das Einbringen des wesentlichen Vermögens in eine Gesellschaft stellt, wie oben unter § 9 II 1 festgestellt wurde, eine Verfügung im rechtstechnischen Sinne dar. Es bleibt noch zu prüfen, ob gegen die Anwendung dieses Verfügungsbegriffes entscheidende Bedenken bestehen.

Weder aus dem Wortlaut (oben § 3, 2) noch aus den Motiven (oben § 4), der systematischen Stellung der Bestimmung oder dem Vergleich mit ähnlichen Vorschriften ergeben sich Bedenken gegen ein Zugrundelegen des rechtstechnischen Verfügungsbegriffes. Einwendungen können sich höchstens aus der ratio ergeben.

Zu denken ist daran, daß nach Sinn und Zweck der Norm vermieden werden muß, ihre Tragweite so weit auszudehnen, daß die Verwaltungsfreiheit des Ehegatten beseitigt oder der Rechtsverkehr in unzumutbarer Weise gefährdet wird (oben § 6, 2e). Das Anwenden des rechtstechnischen Verfügungsbegriffes erweitert zwar den Anwendungsbereich des § 1365 BGB gegenüber einem Zurückgreifen auf den wirtschaftlichen Verfügungsbegriff. Erfasst werden aber trotz allem immer nur die Rechtsge-

1) Dazu die oben unter § 9 II 2 a am Ende angegebene Literatur sowie die Anm. 1 auf der folgenden Seite

2) DB 1954, 693 = BB 1954, 700

3) Planck-Unzner aaO. Anm. 1 zu § 1444 BGB; Planck-Unzner Bd. I Seite 233; BGB-RGRK IV, Bd. 9. Aufl. Anm. 4 zu § 1443; Staudinger, IV. Bd. 1. Teil 9. Aufl. Anm. 5 b zu § 1443 BGB

schäfte, die sich auf das "Vermögen im ganzen", auf das wesentliche Vermögen, beziehen. Das ist nur ein geringer Teil der Rechtsgeschäfte. Die übrigen Rechtsgeschäfte und Verwaltungshandlungen bleiben frei. Für den Rechtsverkehr entsteht keine wesentlich größere Unsicherheit als bei einem Zugrundelegen des wirtschaftlichen Verfügungsbegriffes. Es ist für den Dritten sogar leichter zu beurteilen, wann eine Verfügung im rechtstechnischen Sinn vorliegt, als festzustellen, wann eine solche im wirtschaftlichen Sinne gegeben ist, die der Einwilligung bedarf. Der Kreis der betroffenen Geschäfte bleibt also klein und gut übersehbar.

Die gleichmäßige Behandlung aller in Frage kommenden Geschäfte ohne Prüfung, ob im konkreten Fall eine Gefährdung der wirtschaftlichen Familiengrundlage vorliegt, ist notwendig, damit die wirklich bedenklichen Rechtsgeschäfte zustimmungsbedürftig sind. Deshalb stellt die Anwendung des rechtstechnischen Verfügungsbegriffes keine Erweiterung des Anwendungsbereiches von § 1365 Abs. 1 BGB über das notwendige Maß dar, schränkt andererseits die Verwaltungsfreiheit der Ehegatten nicht ungebührlich ein und belastet den Rechtsverkehr nicht in unzumutbarer Weise. Die Anwendung des rechtstechnischen Verfügungsbegriffes ist somit auch mit der ratio der Vorschrift vereinbar. Die "Verfügung" i. S. des § 1365 BGB ist also die Verfügung "im rechtstechnischen Sinne".

Aus den vorstehenden Erörterungen folgt somit, daß das Einbringen des wesentlichen Vermögens in eine Personalhandelsgesellschaft und der darauf gerichtete Gesellschaftsvertrag einwilligungsbedürftige Rechtsgeschäfte i. S. des § 1365 BGB sind. Es ist ohne Bedeutung, ob es sich um eine Offene Handelsgesellschaft oder um eine Kommanditgesellschaft handelt ¹⁾.

§ 10

DIE "UMWANDLUNG" EINER BRUCHTEILS- ODER GESAMT-HANDSGEMEINSCHAFT IN EINE PERSONALHANDELSGESELLSCHAFT ALS VERFÜGUNG IM SINNE DES § 1365 ABS. 1 BGB

Wie die Rechtsprechung zu der Auflassung (§ 925 BGB) ²⁾ und zu einigen anderen Bestimmungen ³⁾ zeigt, kommt es nicht selten vor, daß Teilhaber einer Bruchteilsgemeinschaft, einer Erbengemeinschaft oder einer Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts den Zweck der Gemeinschaft (Bruchteils- oder Gesamthandsgemeinschaft) ändern und eine Personalhandelsgesellschaft mit dem Vermögen der Gemeinschaft gründen, der nur die Teilhaber der Gemeinschaft mit ihren früheren

1) Auch die Einlage des Kommanditisten kann folglich von § 1365 BGB erfaßt werden.

2) Z. B. RGZ Bd. 56, 96 ff; Bd. 57, 432 ff; Bd. 136, 402 ff

3) Z. B. RGZ Bd. 67, 61 ff; BGH BB 1957, 131

Anteilstücken angehören¹⁾. Dabei ist der Fall denkbar, daß der Anteil an der Gemeinschaft das wesentliche Vermögen eines der Teilhaber ausmacht. Falls dieser verheiratet ist, wird die Anwendbarkeit des § 1365 Abs. 1 BGB aktuell, soweit bei der "Umwandlung" Verfügungen über den Gemeinschaftsanteil erforderlich werden. Das kann nur der Fall sein, wenn die Gemeinschaft bei der "Umwandlung" aufgehoben und die Gesellschaft neu gegründet werden muß, nicht jedoch, wenn Gemeinschaft und Gesellschaft identisch sind.

1. Bruchteilsgemeinschaft

Die Bruchteilsgemeinschaft wird dadurch gekennzeichnet, daß mehreren ein Recht gemeinsam gehört (§ 741 BGB), dessen Verwaltung ihnen gemeinschaftlich zusteht (§§ 744 745 BGB). Einen anderen Zweck als die Verwaltung des einen Rechts verfolgt die Gemeinschaft nicht. Im Gegensatz dazu steht der Personahandels-gesellschaft nicht nur ein Recht zu, sondern eine Rechtsgesamtheit. Ihr Zweck erschöpft sich auch nicht in dessen Verwaltung, sondern sie dient dem Betrieb eines Handelsgeschäftes (§ 105 Abs. 1 HGB).

Die Verwaltung des gemeinsamen Rechts steht den Bruchteilsgemeinschaftern gemeinschaftlich zu, während die Gesellschafter jeder allein zur Geschäftsführung befugt sind (§§ 114, 115 HGB). Jeder Teilhaber an der Bruchteilsgemeinschaft kann über seinen Anteil an dem Recht verfügen (§ 747 BGB) und jederzeit Aufhebung der Gemeinschaft verlangen (§ 749 BGB). Beide Rechte hat der Gesellschafter nicht. An den einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Gegenständen hat er als Einzelsubjekt kein quotenmäßig bestimmtes Eigentum. Deshalb darf er auch nicht über Anteile an den einzelnen Gegenständen verfügen (§ 105 Abs. 2 HGB § 718 BGB). Dem Gesellschafter ist gemäß den §§ 105 Abs. 2 HGB in Verbindung mit § 718 Abs. 1 BGB nicht einmal erlaubt, über seinen Gesellschaftsanteil zu verfügen. Auch Teilung des Vermögens kann der Gesellschafter nicht verlangen (§ 718 Abs. 1 Satz 2 BGB).

i) Die Offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft, die auch Gesamthandsgemeinschaften darstellen, bleiben bei der Erörterung außer Betracht, weil bei ihnen eine typische Zweckänderung in eine OHG oder KG kaum möglich ist. Falls eine OHG durch Aufnahme eines Kommanditisten zur KG wird oder umgekehrt, so erfolgt lediglich eine Änderung des Gesellschaftsvertrages. (Diese wird später abzuhandeln sein.) Die Gesellschaft bleibt aber identisch. Mitlin liegt kein Fall der Gesellschaftsneugründung vor.

Staudinger Bd. III 9. Aufl., Anm. II 2 g zu § 925 BGB; BGB-RGRK Bd. III, 10. Aufl. Anm. 2 b zu § 925 BGB; Staub Bd. I Anm. 30 ff zu § 105 HGB.

Mithin stehen sich die Bruchteilsgemeinschaft und die Personalhandelsgesellschaft als zwei völlig verschieden organisierte Vermögenssubjekte gegenüber. Sie sind nicht miteinander identisch.

Der Teilhaber der Bruchteilsgemeinschaft verliert das Alleineigentum seines Bruchteils an dem gemeinschaftlichen Recht, wenn er es in die Gesellschaft einbringt. Die Gesellschaft erhält das Volleigentum an allen Bruchteilsanteilen, über das gesamte Recht. Für den Verlust des Alleineigentums an dem Bruchteil bekommt der Gemeinschaftler einen Gesellschaftsanteil, der jedoch mit dem früheren Alleineigentum an dem Rechtsbruchteil nichts zu tun hat ¹⁾. Der Vorgang gleicht dem Einbringen des Eigentums an einem anderen Gegenstand. Daraus erhellt, daß die Teilhaber ihr Eigentum an dem Bruchteil des gemeinschaftlichen Rechts nur durch dessen Übertragung auf die Personalhandelsgesellschaft in diese einbringen können. Es liegt also eine Verfügung im rechtstechnischen Sinne vor ²⁾. Da bei § 1365 BGB der Verfügungsbegriff im rechtstechnischen Sinne zugrunde zu legen ist, muß die "Umwandlung" einer Bruchteilsgemeinschaft in eine Personalhandelsgesellschaft als einwilligungsbedürftiges Rechtsgeschäft angesehen werden.

Auch in diesem Fall fordert im übrigen aber auch die ratio des § 1365 BGB, daß die bei der "Umwandlung" erforderlich werdenden Rechtsgeschäfte einwilligungsbedürftig sind, sofern das wesentliche Vermögen eines verheirateten Gesellschafters betroffen wird. Der Anteil an dem Gemeinschaftsrecht wird nämlich dem Ehegatten und dessen Familie in gleicher Weise entfremdet, wie das Volleigentum an einem anderen einzubringenden Gegenstand; das zeigen die unterschiedlichen Beziehungen der Mitglieder einer Bruchteilsgemeinschaft und einer Personalhandelsgesellschaft zu den einzelnen Gegenständen der Gemeinschaft. Auch hier besteht die Gefahr, daß ein Bruchteilsgemeinschaftler, der bei einer anderweitigen Verfügung über seinen Anteil der Einwilligung seines Ehegatten bedürfte, das Einwilligungserfordernis durch Einbringen in eine Gesellschaft umginge, wenn dieses Einbringen nicht zustimmungspflichtig wäre.

1) RGZ Bd. 56, 96 ff, 100

2) RGZ Bd. 56, 99 ff; Bd. 57, 432 ff, 434; Bd. 65, 227 ff, 233; Bd. 68, 417; Bd. 105, 246 ff, 251

KGJ 40, 168 f; Staudinger Bd. III, 11. Aufl. Anm. 11 zu § 925 BGB; BGB-RGRK 11. Aufl. Anm. 6 b zu § 925 a BGB; Enneccerus Bd. III Seite 353; v. Tuhr aaO. Seite 353; HGB-RGRK Anm. 42 zu § 105 HGB (Seite 29); Staub aaO. Anm. 29 zu § 105 HGB;

A. A. war das Reichsgericht in seiner Entscheidung in Bd. 30, 150 ff, 152.

(Es lag noch das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch zugrunde,)

2. Die Erbengemeinschaft

Die Erbengemeinschaft stellt ebenso wie die Personalhandels-gesellschaft eine Gesamthandsgemeinschaft dar (§ 2033 Abs. 2 BGB). Sie unterscheidet sich von der Personalhandels-gesellschaft aber grundsätzlich dadurch, daß ihr Zweck nicht auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist, sondern nur auf die Erhaltung des Nachlasses und dessen Teilung. Zwar wird der Nachlaß Gesamthandsvermögen aller Erben (§§ 2032, 2033 Abs. 2 BGB) wie das Gesellschaftsvermögen Gesamthandsgut aller Gesellschafter ist. Trotzdem ergeben sich in der Ausgestaltung der Beziehungen der Vermögenssubjekte (der Gesamthände) und ihrer Teilhaber zu dem Vermögen erhebliche Unterschiede.

Jeder Erbe kann über seinen Anteil an dem Nachlaß frei verfügen (§ 2033 Abs. 1 BGB), während dieses Recht dem Gesellschafter nicht zusteht. Die Verwaltung des Nachlasses erfolgt gemeinschaftlich (§ 2038 BGB), hingegen sind die Gesellschafter grundsätzlich allein zur Geschäftsführung befugt. Ferner kann der Miterbe gemäß § 2042 BGB jederzeit die Auseinandersetzung verlangen; das können die Gesellschafter nicht. Das Risiko für die Beteiligten ist bei der Gesellschaft ungleich größer als bei der Erbengemeinschaft. Die Gesellschaft wird kaufmännisch tätig. Sie betreibt ein Handelsgewerbe, und es soll Gewinn erzielt werden. Dabei besteht sowohl die Gefahr, daß das Gesellschaftsvermögen verlorenggeht, als auch die, daß die Gesellschafter durch die Handlungen der Gesellschaft persönlich verpflichtet werden (§ 128 HGB). Im Gegensatz dazu bezweckt die Erbengemeinschaft in erster Linie, den Nachlaß zu verwalten und auseinanderzusetzen. Neue Verbindlichkeiten werden nur in beschränktem Maße eingegangen, und sie dienen im wesentlichen der Verwaltung. Die Erbengemeinschaft bringt für ihre Mitglieder kaum ein Risiko mit sich. Auch in der Dauer unterscheiden sich die beiden Gemeinschaftsformen beträchtlich. Die Gesellschaft wird in der Regel auf unbestimmte Zeit oder auf längere Zeit errichtet. Die Erbengemeinschaft ist dagegen dazu bestimmt, alsbald aufgelöst zu werden. Die erstrebte Auseinandersetzung bringt das Ende der Gemeinschaft mit sich.

Die Gesellschaft kann unter ihrem Namen Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden (§ 124 HGB), was die Erbengemeinschaft nicht kann. Die Personalhandels-gesellschaft ist stark an die Form der juristischen Person angenähert, während die Erbengemeinschaft der Bruchteilsgemeinschaft weitgehend ähnelt.

Aus diesen Darlegungen wird ersichtlich, daß zwischen den beiden Gesamthandsgemeinschaften große Unterschiede bestehen. Zwar haben die Teilhaber der Erbengemeinschaft - anders als die der Bruchteilsgemeinschaft - grundsätzlich nach der Bildung der Gesellschaft den gleichen Rechtsanteil an dem Nachlaßvermögen wie in der Erbengemeinschaft. Bei beiden Gemeinschaftsformen (Erbengemeinschaft und

Personalgesellschaft) ist die Verwaltung des Vermögens und die Zweckrichtung der Vermögensverwaltung aber derart unterschiedlich, daß sie als zwei selbständige, nicht identische Vermögenssubjekte angesehen werden müssen, auch wenn sie von den gleichen Personen gebildet werden. Daraus folgt, daß bei der "Umwandlung" der Erbengemeinschaft diese aufzuheben und eine Personalhandelsgesellschaft neu zu gründen ist. Die Teilhaber an der Erbengemeinschaft müssen ihren Anteil an dem Nachlaß auf die neue Gesamthand, die Gesellschaft, übertragen. Es liegt mithin eine Verfügung im rechtstechnischen Sinne vor ¹⁾, die unter § 1365 BGB fällt.

Die ratio des § 1365 BGB verlangt eine Zustimmungsbefähigung auch dieser "Umwandlung". Der völlig andere Zweck der beiden Gesamthände und die damit verbundenen unterschiedlichen Vermögensverlust- und Haftungsgefahren sowie die stark voneinander abweichenden Einwirkungsmöglichkeiten der Teilhaber an Erbengemeinschaft und Personalhandelsgesellschaft auf das Vermögen lassen es geboten erscheinen, daß dem Ehegatten des verheirateten Teilhabers bei der "Umwandlung" ein Mitspracherecht i. S. des § 1365 BGB zusteht.

Mithin ist auch der Vertrag, durch den die Mitglieder einer Erbengemeinschaft sich verpflichten, den Nachlaß in eine von ihnen zu gründende Personalhandelsgesellschaft einzubringen, im Rahmen des § 1365 BGB einwilligungsbedürftig.

Interessant ist in diesem Zusammenhang, daß in der Schweizer Rechtspraxis nach einer Anmerkung Lempis im Berner Kommentar zu dem Schweizer Zivilgesetzbuch (ZGB) ²⁾ unbestritten zu sein scheint, daß die Übertragung von Rechten aus dem ehelichen Gesamtgut auf eine aus den beiden Ehegatten bestehende "einfache Gesellschaft", "Kollektiv-" oder "Kommanditgesellschaft" keines Übertragungsaktes bedürfe, also keine Verfügung darstelle. Die Träger der Rechte blieben die gleichen. Sie änderten nur das Rechtsverhältnis, in dem sie zu den betreffenden Vermögenswerten stehen wollten. Sie widmeten die Werte dem Gesellschaftszweck. Güterrechtliches Gesamtgut seien fortan nicht mehr unmittelbar die Vermögenswerte selbst, sondern nur die Anteile, die den Ehegatten an der Gesellschaft zustehen. Falls Grundstücke aus dem güterrechtlichen Gesamtgut in die Gesellschaft eingebracht würden, müsse immerhin der Eintrag in dem Grundbuch in dem Sinne richtig gestellt werden, daß statt der Gütergemeinschaft die Gesellschaft als das dem Gesamteigentum zugrundeliegende Rechtsverhältnis angegeben werde.

1) RGZ Bd. 117, 257 ff, 264; Kammergericht, Recht 1918 Nr. 711; BGB-RGRK Bd. III 11. Aufl. Anm. 6 b zu § 925 a BGB; Wieland Seite 644; HGB-RGRK Anm. 42 zu § 105 HGB (Seite 29);

A. A. ist Staub aaO. Anm. 31 zu § 105 HGB

2) Bd. II, 1. Abt., 2. Halbband, Anm. 87 zu Art. 215 ZGB

Insbesondere die letzten Satze lassen erkennen, daß auch Lemp nicht darüber hinwegkommt, daß zwei selbständige Vermögensmassen einander gegenüberstehen, deren Träger durch ihre unterschiedliche Bindung aneinander verschiedene Vermögenssubjekte darstellen. Die Ansicht Lemps ist darüberhinaus auch nur schwer verständlich, wenn seiner weiteren Argumentation in Anm. 90 aaO. gefolgt wird, wo er ausführt, auch die güterrechtliche Gemeinschaft könne mit der Gesellschaft Rechtsgeschäfte abschließen, ihr z. B. eine Liegenschaft vermieten, etwas verkaufen etc. In allen diesen Fällen schlossen die zur Gemeinschaft bzw. Gesellschaft verbundenen Ehegatten das Rechtsgeschäft mit sich selbst ab. Die Formen, in denen sonst Rechte übertragen würden, brauchten nicht eingehalten zu werden.

Es ist nicht einzusehen, warum in diesen Fällen die Formen der Eigentumsübertragung nicht eingehalten zu werden brauchen, da doch auch nach den Ausführungen Lemps zwei selbständige Vermögenssubjekte Verträge miteinander schließen und diese Verträge erfüllen.

3. Die Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts

Die Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts und die Personalhandelsgesellschaft unterscheiden sich nicht in so gravierendem Maße wie die Miterben- oder gar Bruchteilsgemeinschaft und die Personalhandelsgesellschaft. Es fragt sich deshalb, ob auch in diesem Fall die beiden Gesamthandsgemeinschaften nach der "Umwandlung" zwei verschiedene, nicht identische Vermögens- und Rechtssubjekte darstellen und deshalb Verfügungen notwendig sind.

Ein wesentlicher Unterschied der beiden Gesellschaftsformen besteht zunächst in ihrem Zweck. Die Personalhandelsgesellschaft ist - wie bereits erwähnt - auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet, was bei der Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts nicht der Fall ist. Ein weiterer erheblicher Unterschied liegt zudem darin, daß das Vermögen der Personalgesellschaft weitgehend verselbständigt ist (§§ 124 HGB, 131 Nr. 3 HGB und 209 KO¹⁾). Das zeigt sich besonders stark im Grundbuchverkehr und in Rechtsstreitigkeiten. Bei einer Vollstreckung in das Vermögen der Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts genügt ein Titel, der gegen die Gesellschafter gerichtet ist für eine Vollstreckung gegen die Offene Handelsgesellschaft bedarf es hingegen eines Titels gegen die Gesellschaft (§ 129 Abs. 4 BGB). Die Personalhandelsgesellschaften nähern sich in ihrer rechtlichen Verselbständigung sehr den juristischen Personen.

Unterschiedlich geregelt sind auch die Verwaltungsrechte der Gesellschafter. Während bei der Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts alle Gesellschafter grundsätzlich gemeinsam das Vermögen verwalten (§ 709 BGB), können die Gesellschafter der Personalgesellschaft die Geschäfte grundsätzlich allein führen.

1) RGZ Bd. 136, 402 ff, 406

Die beiden Gesamthände sind mithin wesensverschieden. Daraus folgt, daß auch hier die Identität nach der rechtsgeschäftlichen Umwandlung nicht gewahrt bleibt. Der Ehegatte muß deshalb seinen Anteil an der Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts auf ein neues Vermögenssubjekt übertragen, wenn er mit seinen Mitgesellschaftern eine Personalhandelsgesellschaft gründen und das Vermögen der bürgerlich rechtlichen Gesellschaft mit auf die Personalhandelsgesellschaft übertragen will. Der Gesellschaftsanteil wird also übertragen und inhaltlich geändert; es liegt eine Verfügung i. S. des § 1365 BGB vor.¹⁾

Die ratio des § 1365 Abs. 1 BGB erfordert, daß auch diese Verfügung einwilligungsbedürftig ist, und läßt eine wirtschaftliche Betrachtungsweise nicht zu. Das resultiert insbesondere aus der Änderung des Zweckes der Gesamthandsgemeinschaften. Diese Zweckänderung kann so weitgehende Folgen haben, daß das Mitentscheidungsrecht des anderen Ehegatten unbedingt erforderlich erscheint.

Auch die "Umwandlung" der Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts in eine Personalhandelsgesellschaft ist also nach § 1365 BGB einwilligungsbedürftig.

Die vorstehenden Ausführungen haben ergeben, daß ein verheirateter Gesellschafter der Einwilligung seines Ehegatten auch dann bedarf, wenn er einen Vertrag zur Gründung einer Personalhandelsgesellschaft abschließen und sich darin verpflichten will, seinen Anteil an einer Bruchteils-, einer Erbengemeinschaft oder einer Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts in die Personalhandelsgesellschaft einzubringen, soweit dieser Anteil sein wesentliches Vermögen darstellt. Es ist ohne Bedeutung, ob die Gemeinschaft aus denselben Personen besteht wie die geplante Personalhandelsgesellschaft.

§ 11

WIRKUNG EINES VERSTOSSES GEGEN § 1365 BGB AUF DIE PERSONALHANDELSGESELLSCHAFT (FAKTISCHE GESELLSCHAFT)

Nach den vorausgegangenen Erörterungen ist es denkbar, daß ein Ehegatte zum Abschluß eines Gesellschaftsvertrages und zum Einbringen des wesentlichen Vermögens in die Gesellschaft der Einwilligung des anderen Ehegatten bedarf. Wenn die Einwilligung nicht erteilt wird, ist der Gesellschaftsvertrag nach § 1366 BGB

1) BGH BB 1957, 131; RGZ Bd. 136, 406; Staudinger aaO. Anm. 11 g zu § 925 BGB; Enneccerus Bd. III Seite 353 f; Wieland Seite 644

A. A. sind Staub Anm. 31 zu § 105 HGB und OLG-Hamburg KGJ Bd. 53, 261 f

schwebend unwirksam und das dingliche Erfüllungsgeschäft ungültig ¹⁾. Der Gesellschaftsvertrag wird endgültig unwirksam, sobald die Einwilligung verweigert wird (§ 1366 Abs. 4 BGB, "Genehmigung").

Fraglich ist, ob diese gesetzliche Regelung auch bei der Gründung einer Personalhandels-gesellschaft gelten kann, wenn diese bereits aktiv in das Wirtschaftsleben eingegriffen hat und als Offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft tätig geworden ist. Bedenken bestehen, weil die Gesellschaft eine soziale Realität darstellt, die nur unter großen Schwierigkeiten rückgängig gemacht werden kann. Deshalb ist zu prüfen, ob an Stelle der Nichtigkeit mit ex-nunc-Wirkung eine Auflösbarkeit der Gesellschaft mit ex-nunc-Wirkung tritt.

Ein Teil der Lehre stützt die Aufrechterhaltung der auf Grund eines nichtigen Vertrages tätig gewordenen Gesellschaft auf die Grundsätze des "Rechtsscheins" und der "öffentlichen Erklärung" ²⁾. Von dieser Begründung der Institution der "faktischen Gesellschaft" her kann eine Ex-nunc-Wirkung des sich aus § 1365 BGB ergebenden Nichtigkeitsgrundes aber nicht befürwortet werden, weil das rechtlich unwirksame Handeln der Gesellschafter nicht durch den anderen Ehegatten und die Familie verursacht worden ist.

Auch nach der von dem Bundesgerichtshof vertretenen Theorie zu der "faktischen Gesellschaft" ist entsprechend der Rechtsprechung zu dem Minderjährigenschutz ³⁾

1) Nach dem Wortlaut des § 1366 BGB kann auch das Erfüllungsgeschäft als schwebend unwirksam angesehen werden, weil auch die Erfüllung durch einen Vertrag erfolgen kann; zu denken ist etwa an die Auflassung. Das Verhältnis von § 1365 BGB zu § 1366 BGB zeigt aber, daß unter "Vertrag" im Sinne des § 1366 BGB nur der obligatorische Verpflichtungsvertrag zu verstehen ist, § 1365 Abs. 1 BGB enthält nämlich die Charakteristik eines obligatorischen Verpflichtungsvertrages (dazu oben unter § 3, 3); von einem dinglichen Vertrag (Erfüllungsvertrag) ist nicht die Rede. Da sich § 1366 BGB auf § 1365 BGB bezieht, muß als "Vertrag" i. S. des § 1366 BGB der obligatorische Verpflichtungsvertrag angesehen werden.

Für diese Auslegung spricht auch § 1365 Abs. 1 Satz 2 BGB; wenn der Ehegatte nicht erfüllen "kann", ist das Erfüllungsrechtsgeschäft mangels einer anderen Regelung unwirksam.

Schließlich zeigt die Vorschrift des § 1368 BGB, daß das ohne Einwilligung vorgenommene Verfügungsgeschäft (= Erfüllungsgeschäft; dazu oben unter § 3, 1) endgültig und unwirksam ist. Nach dieser Bestimmung ist eine Verfügung unwirksam, die ohne die erforderliche Zustimmung vorgenommen worden ist.

2) Dazu oben unter § 5, 4 b bb

3) BGHZ Bd. 7, 160 ff, 166 ff; vgl. dazu auch Lehmann, NJW 1958, Seite 3

und zu dem Schutz eines ausgeschlossenen Rechtsträgers¹⁾ eine ex-tunc und nicht eine ex-nunc Wirkung des nach § 1365 BGB gegebenen Nichtigkeitsgrundes zu bejahen²⁾. Das Gesetz zieht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes die Interessen des Minderjährigen und des ausgeschlossenen Rechtsträgers denen des Rechtsverkehrs vor. Diese Erwägungen treffen wohl auch auf die Familieninteressen zu³⁾.

Lediglich nach der Theorie von Simitis zu der "faktischen Gesellschaft"⁴⁾ erscheint es zweifelhaft, welcher Schutz vorgeht, der der Familie oder der der Gesellschafter, der Glaubiger und Schuldner der Gesellschaft und der sonstigen Beteiligten.

Für die Beurteilung der Frage, welche Wirkung einem Verstoß gegen § 1365 BGB im Rahmen des Gesellschaftsrechts zukommt, ist die Wertentscheidung des Gesetzes maßgeblich⁵⁾. An ihre Stelle kann keine eigenverbindliche Abwägung der Interessen gesetzt werden. Nach der Wertentscheidung des Gesetzes verdient die Familie den Vorzug⁶⁾. Die ihr günstigste Lösung ist deshalb grundsätzlich zu suchen. Diese besteht darin, daß es bei der Nichtigkeit des Vertrages und des Erfüllungsgeschäftes mit ex-tunc Wirkung - wie das Gesetz sie vorsieht - bleibt und der andere Ehegatte sowie der handelnde Ehegatte das eingebrachte Gut vindizieren kann. Nur so wird garantiert, daß der Familie die Vermögenssubstanz erhalten bleibt. Die Grundsätze über die faktische Gesellschaft sind folglich nicht anwendbar⁷⁾.

Fraglich ist jedoch, ob damit auch jede Haftung des verheirateten Gesellschafters im Außenverhältnis ausgeschlossen ist. Die Gesellschaft kann bereits mit Dritten in Geschäftsbeziehungen getreten sein, bevor die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages geltend gemacht wird. In dem Außenverhältnis hat der verheiratete Gesellschafter den Rechtsschein hervorgerufen, wie ein Gesellschafter haften zu wollen. Es besteht kein Grund, insoweit die an das Gesetz angelehnten und von der

1) BGH NJW 1963, 1613 ff, 1614

2) Auf die Problematik ist bereits oben eingegangen worden, so daß auf diese Ausführungen verwiesen werden kann; § 5, 4 b bb

3) Fischer NJW 1960, 938 f

4) Seite 226 ff, 232 f - auch insoweit ist oben eingehend Stellung genommen worden, § 5, 4 b bb

5) Dazu oben unter § 5, 4 b bb

6) Dazu oben unter § 5, 4 und unter § 6, 2 e

7) Fischer NJW 1960, 938 f; Schippel DNotZ 1961, 29; Kastrup Diss. Seite 49 f; A. A. ist anscheinend Boesebeck DB 1958, 1148

Rechtsprechung und Literatur entwickelten Grundsätze über den "Rechtsschein" ¹⁾ und die "öffentliche Erklärung" ¹⁾ nicht heranzuziehen, § 1365 BGB bewirkt lediglich die Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte, die auf das ganze Vermögen einwirken. Zu diesem Kreis von Rechtsgeschäften gehören die mit den Dritten abgeschlossenen Geschäfte in der Regel nicht. Die Geschäfte mit den Dritten sind auch nicht von dem Bestand des Gesellschaftsvertrages abhängig, so daß sich § 1365 BGB mittelbar auf sie auswirken könnte. Demnach ist der verheiratete Gesellschafter genau wie die anderen Gesellschafter im Außenverhältnis verpflichtungsfähig. Daraus folgt, daß er nach den Grundsätzen über den "Rechtsschein" und die "öffentliche Erklärung" zusammen mit den anderen Gesellschaftern grundsätzlich durch die abgeschlossenen Verträge verpflichtet wird ²⁾.

Auch Verfügungen zugunsten Dritter über dem verheirateten Gesellschafter gehörende Vermögensstücke, die in die Gesellschaft eingebracht werden sollten, sind wirksam. Zwar hat sich der verheiratete Gesellschafter möglicherweise über die Eigentumsverhältnisse in einem Irrtum befunden. Er konnte aber als Eigentümer wirksam verfügen. Soweit die Mitgesellschafter verfügt haben, handelten sie im Einverständnis mit dem Eigentümer, dem verheirateten Gesellschafter ²⁾.

Eine Ausnahme fordert § 1365 BGB nur dann, wenn die Gesellschafter sich gegenüber einem Dritten verpflichtet haben, auf das ganze Vermögen des verheirateten Gesellschafter einzuwirken, und wenn sie diesen Vertrag erfüllt haben. Derartige Rechtsgeschäfte kann der verheiratete Gesellschafter nicht ohne Einwilligung des anderen Ehegatten vornehmen; er kann deshalb auch nicht durch die Grundsätze über den "Rechtsschein" oder die "öffentliche Erklärung" insoweit ohne Einwilligung des anderen Ehegatten haftbar gemacht werden. Hier gelten die gleichen Gründe, die dazu führten, daß die Wirksamkeit des Innenverhältnisses der Gesellschaft abzulehnen ist.

§ 12

DER ABSCHLUSS EINES GESELLSCHAFTSVERTRAGES ZUR GRÜNDUNG EINER KAPITALGESELLSCHAFT

In dem Vertrag zur Gründung einer Kapitalgesellschaft, einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, einer Aktiengesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, kann sich einer der Grundergesellschaften verpflichten, ein Unterneh-

1) Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, Seite 42 f; Soergel, Anm. 49, 60, 76 zu § 705 BGB; Schlegelberger-Geßler Anm. 11 ff zu § 123 HGB

2) Es ist denkbar, daß die Rechtsgeschäfte etwa wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage oder aus anderen Gründen anfechtbar sind. Insoweit kommt es auf den konkreten Fall an.

men, ein Geschäft, ein Grundstück oder einen sonstigen Sachwert als Sacheinlage zu leisten. Wenn der Gründergesellschafter verheiratet ist und das einzubringende Gut sein wesentliches Vermögen darstellt, erhebt sich die Frage, ob der Vertrag der Einwilligung des anderen Ehegatten bedarf ¹⁾,

1. Die Theorie Reinickes

Reinicke ²⁾ "neigt dazu", auch in diesem Fall anzunehmen, die Voraussetzungen des § 1365 Abs. 1 BGB seien nicht gegeben. Er führt aus, der Ehegatte, der sein Handelsgeschäft in eine GmbH einbringe, verliere zwar rechtlich gesehen das Geschäft. Inhaberin werde die GmbH, eine juristische Person. Der Ehegatte sei aber, auf dem Umwege über die Mitgliedschaft an der GmbH, wirtschaftlich (Mit-)Inhaber des Handelsgeschäfts geblieben, und im Rahmen des § 1365 BGB komme es auf die wirtschaftliche Betrachtungsweise an. Es könne, was die Anwendbarkeit dieser Bestimmung angehe, keinen Unterschied machen, ob der Mann, der seinen Sohn in sein Geschäft aufnehmen wolle, mit diesem eine OHG oder eine GmbH errichte. Grundsätzlich bedürfe also ein Rechtsgeschäft, durch das ein Ehegatte sein Vermögen in eine Personal- oder eine Kapitalgesellschaft einbringe, nicht der Zustimmung des anderen Ehegatten.

Die Ansicht Reinickes steht, soweit ersichtlich, allein in Literatur und Rechtsprechung. Sie ist abzulehnen. Die Argumentation vermag nicht zu befriedigen und zeigt, wohin die wirtschaftliche Betrachtungsweise führen kann ³⁾. Das von Reinicke angeführte Beispiel ist, selbst wenn man der wirtschaftlichen Betrachtungsweise für den auf die Gründung einer Personalhandelsgesellschaft gerichteten Vertrag folgen wollte, nicht geeignet, die weitreichenden Folgerungen zu begründen, die Reinicke hinsichtlich der Kapitalgesellschaft zieht. Reinicke beruft sich für seine Theorie auf den günstigsten Fall, daß ein Vater mit seinem Sohn eine OHG oder GmbH gründet. Das Verhältnis dieser beiden Gesellschafter untereinander oder zu dem Gesellschaftsvermögen wird aber wohl weder durch die Rechtsform der GmbH noch durch die der OHG besonders beeinflusst, weil sich dieses Verhältnis mehr nach den familiären und weniger nach den rechtlichen Beziehungen gestalten wird. Im Normalfall der Gesellschaftsgründung jedoch besteht ein erheblicher Unterschied zu den wirtschaftlichen Beziehungen der Gesellschafter untereinander und zu dem Vermögen schon zwischen OHG und GmbH, ganz zu schweigen von der Aktiengesellschaft, die Reinicke ohne besondere Erwähnung in seine Folgerung einbezieht - "Kapitalgesellschaft" -, weil insoweit die wirtschaftlichen Verhältnisse von den rechtlichen ab-

1) Die gleiche Problematik kann z.B. auch entstehen, wenn der Gesellschafter sich verpflichtet, seine gesamte Barschaft als Stammeinlage der GmbH zu leisten.

2) BB 1960, 1004

3) Dazu besonders die kritischen Äußerungen Rittners FamRZ 1960, 17

hängig sind. Deshalb kann das Beispiel Reinickes nicht als Begründung dafür dienen, daß es von § 1365 BGB aus gesehen wirtschaftlich gleichgültig sei, ob eine OHG oder Kapitalgesellschaft gegründet werde.

2. Eigene Stellungnahme

Die Ansicht Reinickes ist mit § 1365 Abs. 1 BGB nicht vereinbar, wie bereits aus den Erörterungen zu dem auf die Gründung einer Personalgesellschaft gerichteten Gesellschaftsvertrag hervorgeht. Nach dem Wortlaut, der auf eine rechtstechnische Beurteilung des Verfügungsbegriffes hindeutet ¹⁾, liegt in dem Einbringen der das wesentliche Vermögen eines Ehegatten ausmachenden Rechte in eine Kapitalgesellschaft eine Verfügung i. S. des § 1365 BGB; das Eigentum wird nämlich auf eine andere Person, eine juristische Person, übertragen. Der für die Eigentumsübertragung gewährte Gesellschaftsanteil oder die Aktien stellen eine Gegenleistung dar und sind als Entgelt unbeachtlich ²⁾. Aus dem Zusammenhang des § 1365 Abs. 1 BGB mit Abs. 2 der Norm folgt, daß die Frage, ob hier ein wirtschaftlich nachteiliges Geschäft vorliegt, ohne Bedeutung ist ³⁾. Deshalb ist Reinickes Einwand, der Gesellschafter erleide wirtschaftlich gesehen keine Einbuße, ohne Bedeutung.

Schließlich verlangt die ratio eine Einflußmöglichkeit des anderen Ehegatten. Es trifft nämlich nicht zu, daß der Ehegatte auf dem Umweg über die Mitgliedschaft an der GmbH (oder Aktiengesellschaft) wirtschaftlich Inhaber des Handelsgeschäftes oder Unternehmens bleibe. Selbst Mitinhaber bleibt er nicht. Auch ist zweifelhaft, ob er noch irgendwelchen Einfluß auf das Vermögen behält, denn es ist nicht sicher, daß er zum Geschäftsführer der GmbH (§§ 6, 38 GmbHG) oder zum Vorstandsmitglied der Aktiengesellschaft (§§ 23, 75 AktG) bestellt wird. Als Gesellschafter verbleibt ihm so gut wie überhaupt kein Einfluß auf das Schicksal des eingebrachten Vermögens (§§ 44 GmbHG, 103, 104 AktG). Der Ehegatte verliert das Eigentum auch endgültig, denn er hat grundsätzlich keinen Anspruch auf Rückgewähr der Vermögensstücke, selbst nach der Auflösung der Gesellschaft (§§ 72 GmbHG, 212 AktG). Das Vermögen wird mithin durch die Übertragung auf eine juristische Person seinem Herrschaftsbereich und der Einflußsphäre seiner Familie völlig entzogen. Der Fall liegt ebenso, als wenn der Ehegattengesellschafter das Gut der juristischen Person verkauft hätte. Deshalb kann nicht davon gesprochen werden, es läge wirtschaftlich gesehen keine Veräußerung vor.

Die Verpflichtung in einem Vertrag zur Gründung einer Kapitalgesellschaft, einen Vermögensgegenstand oder eine Mehrheit von Sachen in die Gesellschaft als Sach-

1) Dazu oben § 3, 2

2) Dazu oben § 9 II 2 a

3) Dazu oben § 5, 2 b

einlage einzubringen, ist somit einwilligungsbedürftig im Sinne des § 1365 BGB, wenn der Einbringende verheiratet ist und das einzubringende Gut sein wesentliches Vermögen darstellt 1).

§ 13

DER ABSCHLUSS MEHRERER GESELLSCHAFTSVERTRÄGE ODER ANDERER VERTRÄGE, DIE IN IHRER GESAMTHEIT AUF EINE "VERFÜGUNG ÜBER DAS VERMÖGEN" ABZIELEN (SUKZESSIVE VERTRÄGE)

Einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm (Beschuß vom 21. 3. 1960) 2) lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Eine Grundstückseigentümerin hatte am 2. September ein Grundstück verkauft und aufgelassen. Am 6. September hatte sie ein weiteres Grundstück an zwei andere Käufer verkauft und aufgelassen. Die beiden Grundstücke machten den wesentlichen Teil ihres Vermögens aus.

Es ergibt sich nun die Frage, ob die Eigentümerin der Einwilligung ihres Ehegatten für beide Verträge, für den zweiten Vertrag oder für keinen benötigte 3). Ähnliche Fälle sind im Gesellschaftsrecht denkbar:

(1) Ein Gesellschafter beabsichtigt, sich mit seinem Vermögen an einer Gesellschaft zu beteiligen. Er verpflichtet sich in dem Gesellschaftsvertrag, ein wertvolles Grundstück oder einen Bruchteil seines Vermögens in die Gesellschaft einzubringen. Wenige Tage darauf verkauft er der Gesellschaft ein weiteres Grundstück oder einen weiteren Bruchteil seines Vermögens, die zusammen mit dem zunächst Übertragenen das wesentliche Vermögen ausmachen.

(2) Ein Gesellschafter will sich an zwei oder mehr Gesellschaften mit seinem wesentlichen Vermögen beteiligen. In die eine bringt er einen Bruchteil seines Vermögens, in die anderen den oder die restlichen Bruchteile ein.

(3) Ein Ehegatte verteilt in der Absicht, sein Vermögen zu verschleiern, die sein Vermögen bildenden Aktien gegen geringes Entgelt in Einzelstücken mit niedriger Wert an zahllose Einzelpersonen.

1) Rittner aaO, Seite 17; Haegele Rtspl. 1959, 6; Kastrup Diss, Seite 47; Kemper Diss, Seite 63 f; zu § 419 BGB; RGZ Bd. 148, 257 ff, 265; BGH BB 1954, 700 = DB 1954, 693

2) Rtspl. 1960, 227 = NJW 1960, 2002

3) Das OLG-Hamm hat beide Verträge als einwilligungsbedürftig angesehen.

Wiederum stellt sich die Frage, ob und welche der Geschäfte einwilligungsbedürftig sind. Wenn im Falle (1) die beiden Geschäfte nicht als Gesamtheit gesehen werden, braucht der Gesellschafter mit dem Verkauf des zweiten Grundstücks nur so lange zu warten, bis er Inhaber des Gesellschaftsanteils oder der Aktien ist. Falls deren Wert so groß ist, daß er bei der Abwägung der Wesentlichkeit des zu übertragenden Vermögens ins Gewicht fällt, benötigt er auch für das zweite Geschäft nicht die Einwilligung seines Ehegatten. Er kann sich also mit seinem ganzen Vermögen an einer Gesellschaft beteiligen, ohne daß § 1365 BGB eingreift.

Ähnlich liegt Fall (2). Hier besteht nur insoweit ein Unterschied, als die Vertragspartner des Ehegatten es schwerer haben, zu erkennen, daß der Ehegatte im Begriff ist, auf sein ganzes Vermögen durch Verfügungen einzuwirken.

In Fall (3) hingegen bedarf der Ehegatte sicher bei der Weggabe der letzten Aktie der Einwilligung¹⁾. Dem anderen Ehegatten und der Familie ist damit jedoch wenig geholfen, weil sie an der Erhaltung der Gesamtheit der Aktien interessiert sind. Die Gesamtheit der Aktien kann aber nur zurückgefordert werden, wenn im Rahmen des § 1365 BGB der Wille des handelnden Ehegatten berücksichtigt werden kann, alle Aktien wegzugeben.

Der andere Ehegatte hat also in allen drei Fällen nur ein wirksames Mitspracherecht, wenn die von dem handelnden Ehegatten geplanten Verpflichtungsgeschäfte jeweils als Gesamtheit gesehen und § 1365 BGB unterstellt werden können.

1. Überblick über Rechtsprechung und Literatur

In der Literatur ist umstritten, wie die aufgezeigten Fälle zu lösen sind. Obermüller²⁾ und ihm folgend Tiedau³⁾ lehnen eine Anwendung des § 1365 BGB auf die sukzessiven Verträge ab. Auch Knur⁴⁾ scheint eine Erstreckbarkeit des § 1365 BGB zu verneinen. Im Gegensatz dazu hat der Kommentar von Planck-Unzner die Anwendbarkeit des § 1444 a. F. BGB auf derartige Fälle bejaht⁵⁾. Auch das Reichsgericht⁶⁾ hat § 419 BGB angewendet, als das Vermögen an mehrere Kinder übertragen wurde. Jedoch betont das Reichsgericht, eine Haftung der Erwerber

1) In diesem Fall kommt die Anwendbarkeit des § 1390 BGB in Betracht. Diese Vorschrift gewährt aber der Familie keinen befriedigenden Schutz wegen der strengen Voraussetzungen und der sich daraus ergebenden Beweisschwierigkeiten sowie der schwachen Rechtsfolgen (Kondiktion).

2) BB 1961, 649 f

3) MDR 1961, 722

4) Probleme der Zugewinnngemeinschaft Seite 35 f

5) Bd. IV Anm. 1 zu § 1444 BGB

6) RGZ Bd. 123, 52 ff, 54

könne nur eintreten, wenn die ihnen zugeteilten Sachen als universitas iuris anzusehen seien, also nicht zur Gesamtheit geringwertig seien. Fall (3) würde nach dieser Rechtsprechung nicht unter § 419 BGB fallen ¹⁾.

Gerade Fall (3) zeigt aber besonders deutlich, daß der andere Ehegatte ein erhebliches Interesse daran hat, daß die Gesamtheit der Rechtsgeschäfte zustimmungsbedürftig ist. Eine wohl als überwiegend zu bezeichnende Meinung in der Literatur nimmt auch an, § 1365 BGB erfasse alle Geschäfte ²⁾, soweit ³⁾ die einzelnen Rechtsgeschäfte als Teilakte der einen Handlung "Übertragung" des ganzen Vermögens erscheinen;

Ergebnis dieses Rechtsgeschäfts ist, daß der Ehegatte über die sein wesentliches Vermögen ausmachenden Gegenstände verfügt; der Wille des handelnden Ehegatten darauf gerichtet ist, auf diese Weise über alle zu seinem Vermögen gehörenden Gegenstände zu verfügen.

2. Eigene Stellungnahme

Der überwiegend vertretenen Ansicht ist zuzustimmen. Die Fassung des § 1365 BGB setzt nicht voraus, daß der Ehegatte sich nur durch ein Rechtsgeschäft verpflichtet, über sein Vermögen zu verfügen ⁴⁾. Es heißt nur, der Ehegatte könne sich lediglich mit Einwilligung des anderen Ehegatten "verpflichten", ohne daß über die Zahl der Verpflichtungsgeschäfte etwas bestimmt wäre. Der Wortlaut erfaßt somit auch die Verpflichtung durch mehrere Rechtsgeschäfte, sofern sie auf eine Einwirkung auf das gesamte Vermögen gerichtet ist. Im übrigen ist insoweit auch bedeutsam, daß dem Verpflichtungsgeschäft nach der hier zugrundegelegten Analyse des Wortlauts ⁵⁾ nur die Wirkung des einigenden Bandes zukommt.

Es bestehen deshalb vom Wortlaut der Vorschrift her keine Bedenken, dem § 1365 BGB mehrere Verpflichtungen mit den dazugehörigen Verfügungen zu unterstellen,

1) Zu der Problematik finden sich ausführliche Darlegungen bei Laue AcP Bd. 146, 156 ff, 185 ff

2) Glum Diss. Seite 46 f; OLG-Hamm Rtpfl. 1960, 227; Pikalo RdL 1958, 281 ff, 289; Koeniger DRiZ 1959, 272; Riedel MDR 1962, 5 (Anm. 7); Schulz-Kersting JR 1959, 137; Erman Anm. 3 b zu § 1365 BGB; Palandt Anm. 2 zu § 1365 BGB; Krüger-Breetzke-Nowak Anm. 1 zu § 1365 BGB.

Soweit mehrere Verträge mit einem Vertragspartner abgeschlossen werden, stimmen auch Haegele Rtpfl. 1959, 5 und 243 f; Meyer-Stolte FamRZ 1959, 228; BGB-RGRK Bd. IV 10. und 11. Aufl. Anm. 12 zu § 1365 BGB; Beitzke in Achilles-Greifff Anm. 5 zu § 1365 BGB zu.

3) Glum Diss. Seite 50 f; Pikalo RdL 1958, 289

4) Glum Diss. Seite 51

5) Oben unter § 3, 3b, 4 und § 8

wenn sie zusammengehören und in ihrer Gesamtheit auf das ganze Vermögen einwirken. Auf die Zusammengehörigkeit lassen die örtlichen und zeitlichen Umstände der einzelnen Rechtsgeschäfte sowie insbesondere der Wille des verfügenden Ehegatten schließen. Ohne Bedeutung ist, ob die Übernehmer nur geringwertige Vermögensstücke erhalten haben ¹⁾.

Die ratio des § 1365 BGB fordert, daß die Norm auf alle sukzessiv abgeschlossenen Verträge, die auf eine Gesamtübertragung des Vermögens zielen, angewendet wird. Sowohl in den Fällen, in denen der Ehegatte sein Vermögen aufgrund nacheinander abgeschlossener Verträge auf eine Gesellschaft überträgt, als auch dann, wenn er das Vermögen durch gleichzeitig oder nacheinander abgeschlossene Verträge auf mehrere Gesellschaften oder andere Vermögenssubjekte überträgt, ist die Vermögensgrundlage der Familie gefährdet. Insbesondere besteht die Gefahr, daß § 1365 BGB durch die sukzessiven Verträge umgangen werden soll.

Aus den anderen Auslegungselementen ergeben sich keine Bedenken. Die Sukzessivverträge, die in ihrer Gesamtheit auf das ganze Vermögen einwirken, müssen deshalb als zustimmungspflichtig angesehen werden.

Haegele ²⁾, Meyer-Stolte ³⁾, Scheffler ⁴⁾ und Beitzke ⁵⁾ sind der Ansicht, § 1365 BGB greife nicht ein, wenn der Ehegatte mit mehreren Personen Verträge abschließe und die Personen nicht in enger Verbindung miteinander stünden (z. B. als Gesellschafter einer OHG) ⁶⁾. Diese Ansicht, die - soweit ersichtlich - nicht begründet wird, kann sich nur darauf stützen, daß es für die nicht miteinander in Kontakt stehenden Vertragspartner sehr schwierig ist, sich über die Vermögenslage des handelnden Ehegatten zu informieren. Diese Erwägungen können aber, wie oben unter § 5, 4 erörtert, gegenüber den Interessen der Familie nicht berücksichtigt werden. Deshalb ist § 1365 BGB auch anwendbar, wenn der Ehegatte sich gegenüber mehre-

1) Die Ansicht des Reichsgerichts in RGZ 123, 54 kann für § 1365 BGB nicht übernommen werden. Zwar ist verständlich, daß das Gericht den Erwerber nicht im Rahmen des § 419 BGB haften lassen wollte, wenn er nur geringwertige Gegenstände übernommen hatte. Diese Gegenstände kommen als Haftungsgrundlage für die Gläubiger kaum in Betracht. Für den anderen Ehegatten kann hingegen - wie der oben unter (3) geschilderte Fall zeigt - von erheblicher Bedeutung sein, auch geringwertige Vermögensstücke zurückzufordern.

2) Rtspl. 1959, 6, 243 f

3) FamRZ 1959, 228

4) BGB-RGRK Anm. 12 zu § 1365 BGB

5) Achilles-Greif Anm. 5 zu § 1365 BGB

6) Palandt, Anm. 2 zu § 1365 BGB, vertritt die Ansicht, die Norm greife bei mehreren Vertragspartnern nur ein, wenn diese voneinander wüßten. Auch für diese Meinung gelten die obigen Ausführungen.

ren voneinander unabhängigen Vertragspartnern verpflichtet, auf sein Vermögen im ganzen einzuwirken ¹⁾).

§ 14

DER MASSGEBLICHE ZEITPUNKT FÜR DAS VORLIEGEN DER EINWILLIGUNG

Im Gesellschaftsrecht sind Fälle möglich, in denen nicht alle Voraussetzungen des § 1365 BGB sowohl bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages als auch bei dem dinglichen Vollzug (Verfügung) der Verpflichtung vorliegen. Sie sind entweder nur bei dem Vertrag oder nur bei den Verfügungen gegeben. Denkbar sind folgende Fälle:

(1) Bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages ist der Gesellschafter, der sich verpflichtet, sein wesentliches Vermögen in die Gesellschaft einzubringen, noch nicht verheiratet. Er heiratet aber, bevor er das Vermögen überträgt.

(2) Die von dem Gesellschaftsvertrag betroffenen Gegenstände eines verheirateten Gesellschafters stellen zwar noch nicht bei Vertragsabschluß, wohl aber zu der Zeit, in der sie in die Gesellschaft eingebracht werden sollen, das wesentliche Vermögen des Gesellschafters dar.

(3) Die von der Verpflichtung erfaßten Gegenstände machen zwar zur Zeit des Vertragsabschlusses das wesentliche Vermögen des Gesellschafterehegatten aus, nicht aber dann, wenn sie eingebracht werden sollen.

(4) Der Gesellschafter ist zwar verheiratet, wenn der Vertrag, nach dem er sein ganzes Vermögen in die Gesellschaft einbringen soll, abgeschlossen wird; er ist es aber nicht mehr, wenn der Vertrag erfüllt werden soll. ²⁾

In all diesen Fällen liegt eine Abweichung von dem Normalfall vor, daß zur Zeit des Verpflichtungs- und des Verfügungsgeschäftes alle Voraussetzungen des § 1365 BGB vorliegen, nämlich, daß der Handelnde verheiratet ist und die von dem Verpflichtungs- und dem Verfügungsgeschäft betroffenen Gegenstände das wesentliche Vermögen ausmachen.

1) OLG-Hamm aaO.; Pikalo aaO.; Glum aaO.

2) Auf die Schwierigkeiten und Grenzfälle, die im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten des § 1365 BGB am 1. Juli 1958 entstanden sind, wird hier nicht mehr eingegangen, weil sie wegen der zwischenliegenden Zeit an Aktualität verloren haben; dazu Meyer-Stolte; FamRZ 1959, 229 f

1. Bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages
ist der Gesellschafter noch nicht verheiratet, wohl
aber zur Zeit des Einbringens

Der erste Fall ist problematisch, weil bei der Vornahme des Verpflichtungsgeschäftes § 1365 BGB noch nicht eingreifen kann. Eine Einwilligung ist nicht erforderlich, denn der handelnde Gesellschafter ist nicht verheiratet. Der Gesellschaftsvertrag wird deshalb wirksam abgeschlossen und ist nicht schwebend unwirksam. Fraglich ist nur, ob das Vermögen ohne Einwilligung des anderen Ehegatten in die Gesellschaft eingebracht werden kann, ob also der Vertrag erfüllt werden kann, nachdem der Gesellschafter geheiratet hat.

Rittners Theorie von dem zusätzlichen voluntativen Tatbestandsmerkmal¹⁾ stellt nur auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ab. Wenn dann keine Einwilligung erforderlich ist, braucht sie auch bei der Erfüllung des Verpflichtungsgeschäftes nicht eingeholt zu werden. Nach der hier zugrundegelegten Analyse des Wortlauts, die das Eingreifen des § 1365 BGB davon abhängig macht, ob das ganze Vermögen von dem Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft rein tatsächlich, objektiv, betroffen wird²⁾, ist die Beurteilung der Frage, ob § 1365 BGB eingreift, jedoch zweifelhaft. Der Wortlaut läßt keinen klaren Schluß darauf zu, ob das Erfüllungsgeschäft der Einwilligung bedarf, wenn das Verpflichtungsgeschäft wirksam abgeschlossen ist. Zwar deutet Satz 2 des § 1365 Abs. 1 BGB darauf hin, daß das Verfügungsgeschäft nur der Einwilligung bedarf, wenn das Verpflichtungsgeschäft schwebend unwirksam ist. Diesem Indiz steht aber entgegen, daß das ausschlaggebende Rechtsgeschäft in § 1365 Abs. 1 BGB das Erfüllungsgeschäft ist³⁾. Eine Lösung des Problems kann mithin nur aus der ratio der Vorschrift gefunden werden.

Bade⁴⁾ versucht zwar, die Anwendbarkeit des § 1365 BGB durch den systematischen Zusammenhang der Norm mit § 162 BGB auszuschließen. Dieser Versuch schlägt jedoch fehl. Bade führt aus, in Ansehung des § 1365 BGB verstoße die Verheiratung oder zumindest die Nichtbebringung der Zustimmung der Ehefrau gegen Treu und Glauben⁵⁾.

Dieser Meinung kann nicht gefolgt werden. Die Eheschließung könnte auch hinsichtlich des § 1365 BGB höchstens dann gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn sie ausschließlich in der Absicht erfolgte, das Verpflichtungsgeschäft zu vereiteln. Dieser Fall wird aber kaum vorkommen. Ansonsten kann die Eheschließung wohl nicht

1) FamRZ 1961, 10

2) Dazu oben unter § 3, 3 b und § 8

3) Dazu oben unter § 3, 1

4) NJW 1958, 1957 f

5) aaO. Seite 1958; so auch Krüger-Breetzke-Nowak Anm. 2 zu § 1365 BGB

als Zuwiderhandlung gegen Treu und Glauben angesehen werden. Auch das Nichtbeibringen der Einwilligung des anderen Ehegatten kann nicht gegen Treu und Glauben verstoßen, sofern dem handelnden Ehegatten kein Recht zusteht, seinen Ehegatten zur Einwilligung zu zwingen. Ein entsprechender Anspruch des handelnden gegen den anderen Ehegatten ist nicht ersichtlich ¹⁾. Deshalb hilft § 162 BGB nicht weiter.

Boehmer ²⁾ verneint die Einwilligungsbedürftigkeit des Verfügungsgeschäfts, indem er ausführt, der Dritte habe ein Recht zum Besitz der Sache, wenn ihm die Sache von dem Ehegatten bereits geliefert worden sei, nachdem das Verpflichtungsgeschäft gültig abgeschlossen worden ist. Er könne trotz möglicher Unwirksamkeit des Verfügungsgeschäfts die Sache behalten. Dieser Erwägung ist zwar zuzustimmen; sie hilft aber nicht, wenn der Ehegatte die versprochene Leistung noch nicht erbracht hat und der andere Ehegatte nicht einwilligt.

Aus den Darlegungen Boehmers läßt sich ein Ansatzpunkt für eine umfassende Lösung finden. Sie zeigen nämlich, daß die von dem Verpflichtungsgeschäft betroffenen Gegenstände bei der Eheschließung nur noch bedingt zu dem Vermögen des handelnden Ehegatten gehören. Der Verschaffungsanspruch des Dritten, der Gesellschaft, ordnet sie schuldrechtlich bereits dem Vermögen der Gesellschaft zu. Die Stärke, die die Rechtsordnung dem schuldrechtlichen Anspruch zuerkennt, zeigt sich in dem von Boehmer erwähnten Fall, daß nämlich der Dritte bereits Besitz an dem verkauften Gegenstand erworben hat. Die übernommene Verpflichtung untersagt es dem handelnden Ehegatten, anders über den betroffenen Gegenstand zu verfügen, als sein Eigentum der Gesellschaft zu verschaffen. Diese Pflicht sanktioniert das Gesetz. Deshalb kann es dem Ehegatten nicht unmöglich machen, die Verpflichtung zu erfüllen, indem es die Erfüllung von der Einwilligung des neu in Erscheinung tretenden anderen Ehegatten abhängig macht. Eine Ausnahme wäre nach der ratio des § 1365 BGB nur zulässig, wenn der handelnde Ehegatte dadurch, daß er die vor der Eheschließung eingegangene Verpflichtung ohne Einwilligung erfüllen darf, den § 1365 BGB umgehen könnte. Eine solche Gefahr besteht jedoch nicht. Der andere Ehegatte und die Familie sind, wie die obigen Erwägungen zeigen, hinsichtlich des von dem Gesellschaftsvertrag betroffenen Vermögens nicht schutzbedürftig im Sinne des § 1365 BGB, weil das fragliche Gut zur Zeit der Eheschließung nicht mehr als zu der Grundlage der wirtschaftlichen Familienexistenz zugehörig angesehen werden kann. Die ratio des § 1365 BGB läßt es nicht

1) Lauhoff, Diss. S. 27 ff, will dem handelnden Ehegatten gegen den anderen Ehegatten gegebenenfalls ein Recht aus dem Grundsatz der ehelichen Lebensgemeinschaft zuerkennen. Dieser Anspruch ist aber recht unklar und unbestimmt und deshalb sollte diese Konstruktion nur erwogen werden, wenn keine andere Möglichkeit bleibt.

2) FamRZ 1959, 1 ff, 5

geboten erscheinen, die Erfüllung des Vertrages als einwilligungsbedürftig anzusehen. Deshalb kann der handelnde Ehegatte sein Vermögen ohne Zustimmung des anderen Ehegatten in die Gesellschaft einbringen¹⁾.

2. Bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages

sind die betroffenen Gegenstände noch nicht das wesentliche Vermögen, wohl aber zur Zeit des Einbringens

Fall (2) liegt ähnlich wie Fall (1). Zwar wäre bei dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages grundsätzlich die Einwilligung des anderen Ehegatten möglich gewesen: sie war aber nicht erforderlich, weil die Verpflichtung zur Zeit des Vertragsabschlusses noch nicht auf Verfügungen über die das Vermögen bildenden Gegenstände abzielte. Das Verpflichtungsgeschäft ist deshalb wiederum wirksam.

Der Wortlaut des § 1365 BGB läßt auch hier keinen eindeutigen Schluß darauf zu, ob das Erfüllungsgeschäft trotz Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäftes der Einwilligung bedarf. Deshalb muß hier wiederum Sinn und Zweck entscheiden. Das von der Verpflichtung betroffene Vermögen ist, wie in Fall 1, nach dem Gesellschaftsvertrag bereits der Gesellschaft zugeordnet. Es läßt sich aber nicht übersehen, daß die Gegenstände einmal der Familie als Vermögensgrundlage gedient haben, ohne daß ein Verschaffungsanspruch der Gesellschaft daran bestanden hätte. Das war in Fall 1 nicht gegeben und spricht für eine stärkere Stellung der Interessen der Familie. Für den Dritten, die Gesellschaft, ist es in diesem Fall genau so schwierig vorauszusehen, daß das Verfügungsgeschäft einwilligungsbedürftig sein wird, wie in Fall 1.

Der handelnde Ehegatte kann, sowohl wenn das Erfüllungsgeschäft einwilligungsbedürftig ist als auch wenn es zustimmungsfrei ist, die Lage ausnutzen, um entweder die Familie oder die Gesellschaft zu schädigen. Er kann sein Aktivvermögen absichtlich herabsetzen, um von dem Gesellschaftsvertrag loszukommen (diese Möglichkeit hat er in Fall 1 nicht, weil er nicht ausschließlich mit der Absicht, den Dritten zu schädigen, heiraten wird); er kann aber auch, wenn das Verfügungsgeschäft zustimmungsfrei ist, vor der Vertüfung sein anderes Vermögen zustimmungsfrei veräußern, weil es dann noch nicht sein ganzes Vermögen darstellt (das von dem Gesellschaftsvertrag betroffene Vermögen gehört ihm noch dinglich) und anschließend den Gesellschaftsvertrag erfüllen. Auf diese Weise würde er auf alle

1) Bade aaO.; Boehmer aaO.; Soergel Ed. IV. Anm. 20 zu § 1365 BGB; Kruger-Breetzke-Nowak Anm. 2 zu § 1365 BGB; Erman Anm. 2 zu § 1365 BGB; Scherer FamRZ 1962, 413; Tiedau MDR 1959, 80; Mülke AcP 161, 146; Schulz-Kerstinig JR 1959, 85

A. A. sind: Palandt Anm. 1 zu § 1365 BGB; Lauhoff Diss. Seite 27 ff; Koeniger DRiZ 1959, 375

sein Vermögen ausmachenden Gegenstände einwirken, ohne die Einwilligung seines Ehegatten zu benötigen, (Auch diese Möglichkeit hat er in Fall 1 nicht, weil er sich dort bereits vor der Eheschließung verpflichtet hatte, das ganze Vermögen einzubringen.) Die Interessen der Gesellschaft und des Ehegatten sind mithin in erheblichem Maße betroffen. Die Interessen der Familie verdienen jedoch den Vorzug¹⁾. Im übrigen kann der Gesellschaft unter Umständen dadurch geholfen werden, daß der Ehegattengesellschafter und sein "anderer" Ehegatte sich nicht auf das Einwilligungserfordernis berufen können, wenn das Aktivvermögen mit Billigung des anderen Ehegatten absichtlich herabgesetzt worden ist, um die Gesellschaft zu schädigen. Hier könnte auf § 162 BGB zurückgegriffen werden.

Das Einbringen des Vermögens ist mithin einwilligungsbedürftig, wenn zwar das Verpflichtungsgeschäft wirksam abgeschlossen wurde²⁾, weil von ihm noch nicht das ganze Vermögen erfaßt worden war, wohl aber von dem Verfügungsgeschäft das ganze (wesentliche) Vermögen betroffen wird³⁾.

3. Bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages stellen die betroffenen Gegenstände zwar das Vermögen dar, nicht jedoch zur Zeit des Einbringens

In Fall 3 handelt es sich um den umgekehrten Sachverhalt des Falles 2. Der Ehegatte verpflichtet sich, auf das tatsächlich ganze Vermögen unmittelbar einzuwirken. Von dem Wortlaut des § 1365 BGB wird das Verpflichtungsgeschäft erfaßt. Auch nach dem Ziel der Norm ist es einwilligungsbedürftig. Die Anwendbarkeit der Vorschrift kann nämlich nicht dadurch berührt werden, daß möglicherweise bei dem dinglichen Vollzug des Geschäftes nicht mehr alle Voraussetzungen des § 1365 BGB vorliegen. Mithin ist das ohne Einwilligung vorgenommene Verpflichtungsgeschäft wirksam.

1) Dazu oben unter § 6, 2 e und § 5, 4

2) Die Tatsache, daß das Verpflichtungsgeschäft wirksam ist, während das Verfügungsgeschäft wegen der fehlenden Einwilligung nicht vorgenommen werden kann, vermag der Familie zu schaden. Deshalb ist es dem Vertragspartner nach dem sich aus § 1365 BGB ergebenden Rechtsgedanken nicht möglich, sich auf die Wirksamkeit der Verpflichtung zu berufen, solange der handelnde Ehegatte nicht wirksam erfüllen kann.

3) Der Bundesgerichtshof läßt die Frage offen, FamRZ 1958, 416 f.; die gleiche Ansicht wie hier wird vertreten von: LG-Berlin FamRZ 1959, 64 ff.; LG-Bremen FamRZ 1959, 244 f.; Palandt Anm. 1 zu § 1365 BGB; Bosch FamRZ 1959, 240; Knur DNotZ 1957, 453 (Anm. 9); Lauhoff Diss. S. 27 ff.; Meyer-Stolte FamRZ 1959, 230; Schulz-Kersting FamRZ 1959, 67; A. A. sind: E. man Anm. 2 d zu § 1365 BGB; LG-Darmstadt FamRZ 1959, 240; LG-Bielefeld FamRZ 1959, 245 ff, 247; Mülke AcP 161, 146

tungsgeschäft schwebend unwirksam. Fraglich kann nur sein, ob das schwebend unwirksame Geschäft dann wirksam wird, wenn die betroffenen Gegenstände nicht mehr das ganze Vermögen ausmachen, und ob der handelnde Ehegatte zum dinglichen Vollzug des Verpflichtungsgeschäftes nicht mehr die Einwilligung des anderen Ehegatten benötigt.

Falls der ohne Zustimmung abgeschlossene Gesellschaftsvertrag nach Fortfall der Voraussetzungen des § 1365 BGB als endgültig unwirksam angesehen wurde oder wenn eine Einwilligung des anderen Ehegatten zu der Vornahme des Verfügungsgeschäftes gefordert würde, ohne daß die Voraussetzungen des § 1365 BGB noch vorliegen, könnte der handelnde Ehegatte einen neuen Vertrag mit demselben Inhalt abschließen, der gültig wäre. Er könnte aber auch den Abschluß eines neuen Vertrages nach seinem Belieben verweigern, und der Dritte wäre ohne dringenden Grund geschädigt. Dieses Ergebnis wird von Sinn und Zweck der Vorschrift nicht gedeckt. Die Vertragstreue soll nämlich durch die Norm nicht beseitigt werden, wenn es nicht der Schutz der Familie und der Ausgleichsanspruch des anderen Ehegatten erfordern. Die Interessen des handelnden Ehegatten sollen nicht auf Kosten derer seines Vertragspartners bevorzugt werden. Die Möglichkeit, daß der Ehegattengesellschafter nicht mehr an den Vertrag gebunden ist, obwohl kein wichtiger Grund i. S. des § 1365 BGB gegeben ist, verstößt vielmehr gegen die ratio der Norm, weil der Rechtsverkehr nicht mehr gefährdet werden darf als unbedingt notwendig. In diesem Falle wird mithin nach der ratio der Bestimmung das Verpflichtungsgeschäft in dem Moment voll wirksam, in dem der handelnde Ehegatte in seiner Verpflichtungsfähigkeit über die betroffenen Gegenstände nicht mehr beschränkt ist; eine Ausnahme hat nur dann zu gelten, wenn zwischenzeitlich das Rechtsgeschäft gemäß § 1366 Abs. 4 BGB endgültig unwirksam geworden ist. Das Einbringen des Vermögens in die Gesellschaft ist demzufolge grundsätzlich zustimmungsfrei.

Die Rechtsprechung zu § 108 BGB, bei dem ein ähnlicher Interessenkonflikt denkbar ist, kann hier nicht in vollem Umfang herangezogen werden. Das Reichsgericht hat zu § 108 BGB entschieden ¹⁾, das von einem Minderjährigen vorgenommene, schwebend unwirksame Rechtsgeschäft werde nicht automatisch in dem Zeitpunkt wirksam, in dem der Minderjährige volljährig werde. Der volljährig Gewordene müsse das Geschäft zunächst genehmigen; sonst sei es unwirksam. Diese Rechtsprechung ist im Rahmen des § 108 BGB verständlich: der Minderjährige soll nämlich selbst vor unüberlegten Handlungen geschützt werden, die er zur Zeit der Minderjährigkeit vornimmt. Die Handlungen werden nicht automatisch mit der Volljährigkeit des Minderjährigen zu überlegtem Verhalten. Anders ist es bei § 1365 BGB. Dort soll nicht der handelnde Ehegatte, sondern die Familie geschützt werden. Wenn der Familienschutz zweck entfällt, besteht kein Grund mehr, das Geschäft als unwirksam anzusehen.

1) RGZ Bd. 95, 71; BGB-RGRK Bd. I 1. Teil Anm. 11 zu § 108 BGB; Palandt Anm. 4 zu § 108 BGB

4. Bei dem Einbringen des Vermögens in die Gesellschaft ist der Ehegatte nicht mehr verheiratet

Dieser Fall entspricht in seiner Interessenlage genau Fall 3. Deshalb bestehen keine Bedenken, die dort entwickelten Grundsätze auf ihn anzuwenden. Demnach wird das Geschäft in dem Moment wirksam, in dem die Ehe aufgelöst wird. Das Erfüllungsgeschäft kann ohne Einwilligung vorgenommen werden.

Eine Einschränkung dieses Ergebnisses ist, wie Scheffler ¹⁾ zu Recht hervorhebt, nur dann geboten, wenn die Ehe aufgelöst wird, während beide Ehegatten noch leben. Die sekundäre ratio des § 1365 BGB, der Schutz des Zugewinnausgleichsanspruchs, kann bedingen, daß das Verpflichtungsgeschäft nicht wirksam und das Verfügungsgeschäft nicht zulässig wird. Das ist dann der Fall, wenn der Zugewinnausgleichsanspruch des anderen Ehegatten durch das Gesamtvermögensgeschäft gefährdet wird. Diese Folge kann jedoch durch den Gesellschafterehegatten oder die Gesellschaft abgewendet werden, indem für die Ausgleichsforderung Sicherheit geleistet wird.

§ 15

ÄNDERUNGEN DES GESELLSCHAFTSVERTRAGES BEI DER PERSONALHANDELSGESELLSCHAFT

Während des Bestehens der Gesellschaft können Änderungen des Gesellschaftsvertrages erforderlich werden. Von einer Änderung des Vertrages sind die Handlungen zu unterscheiden, die auf Grund des Gesellschaftsvertrages vorgenommen werden, die reinen Verwaltungshandlungen. Diese sind, selbst wenn ihre Auswirkungen den gesamten Gesellschaftsanteil des Ehegattengesellschafters entwerten und wenn auf das gesamte Vermögen der Gesellschaft unmittelbar rechtsändernd eingewirkt wird, zustimmungsfrei. Sie stellen nämlich keine Verfügung über die Rechte, das Anteilrecht, des Gesellschafters dar, weil sie nur mittelbar auf diese Rechte einwirken. Durch die Einwilligung zu dem Gesellschaftsvertrag sind sie sanktioniert. Im Rahmen des § 1365 BGB können deshalb nur solche Handlungen des Ehegattengesellschafters von Belang sein, durch die der Gesellschaftsvertrag in seinem Inhalt geändert werden soll.

In der Literatur wird die Ansicht vertreten, grundsätzlich seien alle Vertragsänderungen frei, die sich auf die personenrechtliche Seite des Gesellschaftsverhältnisses bezögen ²⁾. Fischer führt in diesem Sinne aus, nach dem Grundgedanken

1) BGB-RGRK Bd. IV Anm. 4 zu § 1365 BGB

2) Fischer NJW 1960, 942; Tiedau MDR 1961, 725; derselbe MDR 1959, 254; Eiselt JZ 1960, 563; Kastrup Diss. Seite 51; Schippel DNotZ 1961, 30 f

des § 1365 BGB seien alle Änderungen des Gesellschaftsvertrages zustimmungsfrei, die sich mit den personenrechtlichen Beziehungen der Gesellschafter zueinander befassen. Dieser Meinung ist insoweit zuzustimmen, als § 1365 BGB sicher nicht eingreift, wenn durch eine Vertragsänderung das Vermögen nicht unmittelbar berührt wird, also keine Verfügung vorliegt; in diesem Fall ist der Tatbestand des § 1365 BGB überhaupt nicht erfüllt ¹⁾. Sie ist aber nicht zu billigen, wenn das Betroffensein personenrechtlicher Beziehungen der Gesellschafter darüber entscheiden soll, ob eine einwilligungsbedürftige Verfügung über Vermögensrechte i. S. des § 1365 BGB gegeben ist ²⁾. Über die Einwilligungsbefähigung entscheiden allein die Voraussetzungen des § 1365 BGB. Es ist ohne Bedeutung, wenn eine Verpflichtung oder eine Verfügung im Sinne dieser Norm auch personenrechtliche Beziehungen regelt.

Als einwilligungsbedürftige Vertragsänderungen kommen in Betracht:

1. Änderung der Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis

Sie wirkt nicht unmittelbar auf das Anteilsrecht des Gesellschafterehegatten in seinem wesentlichen Inhalt ein. Das Recht als solches bleibt unberührt; lediglich seine Verwaltung wird betroffen. Die Verwaltung ändert sich aber nicht in ihrer Zweckbestimmung (das unterscheidet die Änderung maßgeblich von der "Umwandlung" einer bürgerlich rechtlichen Gesellschaft in eine Personalhandelsgesellschaft). Wohl können sich mittelbar Auswirkungen auf den Wert des Gesellschaftsanteils ergeben, eine Verfügung i. S. des § 1365 BGB liegt aber nicht vor. Deshalb ist diese Umgestaltung des Gesellschaftsvertrages nicht zustimmungspflichtig ³⁾.

2. Änderung der Gewinn- und Verlustbeteiligung

Auch sie stellt keine zustimmungsbedürftige Umwandlung des Gesellschaftsvertrages dar ⁴⁾. Sie ändert nicht den Inhalt des Anteilsrechts; vielmehr wirkt sie lediglich auf dessen Ertrag ein.

1) Eiselt JZ 1960, 563; Beitzke DB 1961, 24

2) So aber Tiedau MDR 1961, 725; auch Fischer bei Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis, NJW 1960, 942

3) Schlegelberger-Geßler Anm. 55 b zu § 105 HGB; Beitzke DB 1961, 24; Fischer NJW 1960, 942; Eiselt JZ 1960, 563; Kastrup Diss. S. 51; Kemper Diss. S. 66; Tiedau DNotZ 1961, Anhang S. 110

4) Beitzke DB 1961, 24; Fischer NJW 1960, 942; Eiselt JZ 1960, 563; Tiedau MDR 1959, 254, MDR 1961, 724 und DNotZ 1961 Anhang S. 110; Schlegelberger-Geßler Anm. 55 b zu § 105 HGB; Kastrup Diss. S. 52; Kemper Diss. S. 66 f

Zwar kann über die Verlustabsprache das Vermögen des Gesellschafters, das Anteilsrecht, erheblich gefährdet werden. Es ist nämlich möglich, daß dabei auf den aus dem Anteilsrecht resultierenden Liquidationsanspruch völlig verzichtet wird. Insoweit kann gegebenenfalls eine Änderung des Beteiligungsrechts vorliegen, die nicht von der ursprünglichen Einwilligung des anderen Ehegatten gedeckt ist. In diesem Fall ist denkbar, daß eine Zustimmung notwendig wird.

Das gleiche gilt für eine Umbildung des Entnahmerechts 1).

3. Änderung oder Berichtigung des Kapitalanteils

Sie sind zustimmungsfrei 2), soweit sie nicht den wesentlichen Wert des Anteilsrechts betreffen. Das Beteiligungsrecht wird dabei nämlich nur insoweit von der Verfügung betroffen, als es geändert wird. Die Änderung des Kapitalanteils wäre zustimmungspflichtig, wenn sie das Anteilsrecht in seinem wesentlichen Wert beträfe. Eine solche Änderung, die einer völligen Umgestaltung des Gesellschaftsanteils gleichkäme, wird aber kaum vorkommen 3).

4. Die Aufnahme eines neuen Gesellschafters

Sie fällt unter § 1365 BGB und ist zustimmungsbedürftig, falls das Anteilsrecht das wesentliche Vermögen des Ehegatten ausmacht 4). Zwar ist in diesem Fall keine "Verfügung über das Vermögen" der Gesellschaft gegeben, weil das Vermögenssubjekt, die Gesellschaft, als Gesamthand erhalten bleibt: es liegt kein Eigentümerwechsel vor 5). Wohl aber wird der Inhalt der Anteilsrechte der Gesellschafter betroffen. Der Fall unterscheidet sich insofern wesentlich von dem der Kapitalberichtigung. Während dort lediglich ein Teil des Beteiligungsrechts erfaßt wird, werden hier die Struktur und die Zusammensetzung der gesamten Gesellschaft umgestaltet und damit unmittelbar auf das gesamte Anteilsrecht eingewirkt. Es wird nicht nur eine Verschiebung des Verhältnisses der Kapitalanteile zueinander

1) Beitzke DB 1961, 24; Kemper Diss. S. 66

2) Beitzke DB 1961, 24; Kemper Diss. S. 66

3) Eiselt hält jede Änderung der Kapitalanteile für zustimmungspflichtig, soweit sie zu einer Verschlechterung der Stellung des Ehegattengesellschafters führt, JZ 1960, 564

4) Beitzke DB 1961, 24; Eiselt JZ 1960, 564; Mulke Diss. S. 96. A. A. sind: Tiedau MDR 1961, 725; Schlegelberger-Geßler Anm. 55 b zu § 105 HGB

5) Staudinger Bd. III 1. Teil 9. Aufl. Anm. A II 2 g zu § 92a BGB; HGB-RGRK Anm. 42 zu § 105 HGB

und eine Änderung der dem einzelnen Gesellschafter zustehenden Liquidationsquote erreicht, sondern, wie Beitzke ¹⁾ zutreffend darlegt, über den Gesellschaftsanteil als "Vermögen im ganzen" verfügt, weil eine Gesamthand aus anderen Mitgliedern gebildet wird, "wenn auch äußerlich infolge des Prinzips der Vermögensanwachsung die Identität der Gesamthand gewahrt bleibt".

5. Die Verlängerung der Gesellschaftsdauer

Die auf eine Verlängerung der Gesellschaft gerichtete Vereinbarung ²⁾ erstreckt sich auf die ganze Substanz des Anteilsrechts. Dem Anteilsrecht haftet die ursprünglich vereinbarte Dauer der Gesellschaft an. Nach einer bestimmten Zeit soll es sich in den Liquidationserlös verwandeln. Nur für das Gesellschaftsverhältnis in dieser Gestalt liegt eine wirksame Zustimmung des anderen Ehegatten vor. Deshalb wirkt die Verlängerung der Gesellschaftsdauer unmittelbar ändernd auf den Inhalt des Anteilsrechts ein, ist nicht von der ursprünglichen Zustimmung gedeckt und somit als einwilligungsbedürftige Verfügung i. S. des § 1365 BGB anzusehen ³⁾. Etwas anderes kann nur gelten, wenn die Verlängerungsmöglichkeit schon in dem Gesellschaftsvertrag vorgesehen war ⁴⁾. In diesem Fall wirkt die Zustimmung auch für die Verlängerungsvereinbarung.

6. Vereinbarung und Änderung einer Abfindungsklausel

a) Literaturübersicht

In der Literatur ist umstritten, ob die Veränderung oder Vereinbarung einer Abfindungsklausel vinkuliert ist. Boesebeck ⁵⁾ sieht anscheinend eine Abfindungsklausel grundsätzlich als zustimmungspflichtig an, gleichgültig ob sie im Gesellschaftsvertrag oder später vereinbart wird. Fischer ⁶⁾ zählt den Abschluß einer Abfindungsvereinbarung nicht zu den vinkulierten Rechtsgeschäften, wenn sich die Art und Höhe der Abfindung im üblichen Rahmen hält. Lediglich dann, wenn durch die Abfindungsklausel eine einschneidende wirtschaftliche Beeinträchtigung erzielt werde, greife § 1365 BGB ein ⁷⁾. Auch eine Änderung der Abfindungsklausel soll

1) DB 1961, 24

2) Der Fall wird sehr selten eintreten, weil der Gesellschaftsvertrag in der Regel auf unbestimmte Dauer abgeschlossen wird.

3) Kastrup Diss. S. 52 - a. A. ist Beitzke DB 1961, 24; Eiselt JZ 1960, 563; Fischer NJW 1960, 942

4) Kastrup Diss. S. 52

5) DB 1958, 1147 f

6) NJW 1960, 940

7) Ebenso Reinicke BB 1960, 1004

nach Fischer zustimmungspflichtig sein ¹⁾, wenn dadurch der Abfindungsanspruch gegenüber der bisherigen Regelung verschlechtert wird, Tiedau ²⁾ scheint hingegen grundsätzlich der Ansicht zu sein, die Abfindungsklausel sei im Rahmen des § 1365 BGB ohne Bedeutung ³⁾.

Die genannten Autoren mußten der Abfindungsklausel besondere Aufmerksamkeit widmen, weil sie davon ausgehen, das Einbringen des gesamten Vermögens in die Gesellschaft sei zustimmungsfrei ⁴⁾. Weit weniger wichtig ist die Frage für die Autoren, die den hier vertretenen Standpunkt teilen, der Abschluß des Gesellschaftsvertrages sei zustimmungspflichtig, wenn er das ganze Vermögen des Ehegatten erfasse. Hier muß lediglich die Einwilligungsbefähigung in den Fällen geprüft werden, in denen nachträglich eine Abfindungsklausel vereinbart oder geändert wird, da dem Gesellschaftsvertrag ohnehin von dem anderen Ehegatten zugestimmt werden muß.

Siselt ⁵⁾ hält die Verschlechterung der Abfindungsregelung für eine Substanzverminderung des Vermögens. Zwar erscheint es ihm trotzdem bedenklich, eine Änderung der Abfindungsregelung dem § 1365 BGB zu unterstellen. Er bleibt aber dennoch bei der Zustimmungspflicht, weil es die Zustimmung illusorisch machen hieße, wollte man hinterher Änderungen der Substanzbeteiligung für zustimmungsfrei erklären. Auch nach Kastrup ⁶⁾ ist für die Einführung einer Abfindungsklausel oder deren Änderung die Zustimmung des anderen Ehegatten notwendig ⁷⁾. Die Zustimmung des anderen Ehegatten zur Beteiligung an der Gesellschaft ist nach der Meinung Kastrups auf die in dem Gesellschaftsvertrag getroffene Abfindungsvereinbarung begrenzt. Wenn diese Vertragsbestimmung durch eine Neuordnung umgestaltet werde, so handele es sich um eine von der Zustimmung nicht gedeckte Änderung.

b) Eigene Stellungnahme

Durch die Vereinbarung einer Abfindungsregelung nach Abschluß des Gesellschaftsvertrages wird das gesamte Anteilsrecht unmittelbar in seinem Inhalt umgestaltet. Ursprünglich eignete der Beteiligung nämlich die Bestimmung, höchstens in das Recht an einer Liquidationsgesellschaft und anschließend in einen Anspruch auf den Liquidationserlös umgewandelt zu werden. Auf Grund der neuen Abfindungs-

1) NJW 1960, 942

2) MDR 1961, 724

3) Ebenso Schlegelberger-Geßler Anm. 55 a zu § 105 HGB

4) Dazu oben unter § 9 II 1, 2 b

5) JZ 1960, 563

6) Diss. Seite 52 f

7) Ebenso Mülke Diss. Seite 95

regelung haftet nach deren Vereinbarung dem Anteilrecht aber die Möglichkeit an, gegen eine mehr oder weniger gleichwertige Abfindung im Wege der Anwachsung auf die anderen Gesellschafter überzugehen. Es liegt mithin eine unmittelbare Änderung des Anteilsrechts und damit eine Verfügung über das Anteilsrecht vor, die nach § 1365 BGB vinkuliert ist. Deshalb ist die nachträgliche Absprache über eine Abfindungsklausel zustimmungsbedürftig, wenn das Anteilsrecht das wesentliche Vermögen des Ehegatten ausmacht.

Anders liegt jedoch der Fall scheinbar bei einer Änderung der Abfindungsklausel. Hier kommt dem Anteilsrecht bereits der Inhalt zu, daß es gegebenenfalls auf die anderen Gesellschafter übergehen kann. Geändert wird lediglich die Höhe des "Entgelts", der Abfindung. Der Anspruch auf das Entgelt ist aber ein selbständiges Recht, das neben dem Anteilsrecht besteht. Es hat zwar Auswirkungen auf die Beteiligung, ist aber nicht mit ihr identisch. Deshalb ist eine Änderung der Abfindungsregelung keine Verfügung über das Beteiligungsrecht, soweit nur die Höhe der Abfindung betroffen wird. Trotzdem muß die Änderung der Abfindungsklausel dann als zustimmungsbedürftig angesehen werden, wenn sie die Vermögenslage des Ehegattengesellschafters verschlechtert. Der andere Ehegatte hatte nämlich die Zustimmung zu der Abfindungsklausel bei deren Vereinbarung mit Rücksicht auf die ausgehandelten Bedingungen erteilt. Die Zustimmung erfaßt die geänderte Abfindungsklausel nicht mehr, falls deren Bedingungen im negativen Sinne verändert werden; sie ist dann nicht mehr wirksam¹⁾. Vielmehr ist die Lage nunmehr so, als sei eine neue Abfindungsklausel abgesprochen worden. Damit stellt sich die Änderung der Abfindungsklausel in Verbindung mit der ursprünglichen Absprache als erneut zustimmungspflichtige Verfügung i. S. des § 1365 BGB dar.

Eine Änderung der Abfindungsklausel, die die Vermögenslage des Gesellschafterehegatten nicht verschlechtert, muß dagegen als von der früheren Zustimmung gedeckt angesehen werden.

§ 16

DIE KÜNDIGUNG DES GESELLSCHAFTSVERHÄLTNISSES

Die Behandlung der Kündigung ist problematisch, weil sie eine "isolierte Verfügung" 2) darstellt 3). Es wird sogar bezweifelt, daß sie dann, wenn sie die Auflösung der Gesellschaft bezweckt, eine Verfügung im rechtstechnischen Sinne darstellt 4).

1) Kastrup Diss. Seite 52

2) - ohne auf sie bezogenes Verpflichtungsgeschäft -

3) Rittner, FamRZ 1961, S. 5, 8, 16, und Mülke, Diss. S. 97, lehnen die Anwendbarkeit der §§ 1365 ff BGB auf die Kündigung ab, weil ihr kein Verpflichtungsgeschäft vorhausgehe.

4) Das verneinen Glum Diss. S. 77 f; Kastrup Diss. S. 56; beide wollen § 1365 BGB analog heranziehen.

Die Vertreter der wirtschaftlichen Betrachtungsweise machen geltend, es läge keine Verfügung im wirtschaftlichen Sinne vor. Deshalb sei § 1365 BGB nicht anwendbar. Nach Reinicke ¹⁾ kann aus wirtschaftlichen Erwägungen die Kündigung nicht von den §§ 1365 ff erfaßt werden, wenn das Einbringen des Vermögens in eine Gesellschaft nicht unter die Normen falle. Auch Fischer ²⁾ beruft sich hinsichtlich der Auflösungskündigung darauf, das Einbringen des Vermögens sei zustimmungsfrei, also auch die auf eine Auseinandersetzung der Gesellschaft gerichtete Kündigung. Boesebeck ³⁾ und Tiedau ⁴⁾ stellen schließlich darauf ab, bei der Kündigung eines Gesellschafters würde die personenrechtliche Seite des Gesellschaftsverhältnisses so stark betroffen, daß es dem Gesellschafterehegatten unzumutbar sei, nur wegen der vermögensrechtlichen Folgen der Kündigung von der Zustimmung des anderen Ehegatten abhängig zu sein ⁵⁾.

1. Literaturübersicht

Die Frage, ob die Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses zustimmungspflichtig im Sinne der §§ 1365 ff BGB sein kann, wird in der Literatur unterschiedlich beurteilt. Generell wird die Anwendbarkeit der §§ 1365 ff BGB verneint von Mulke ⁶⁾, Rittner ⁷⁾, Reinicke ⁸⁾, Tiedau ⁹⁾, und Boesebeck ¹⁰⁾.

Hingegen wird die Kündigung als zustimmungspflichtig angesehen von Eiselt ¹¹⁾, Beitzke ¹²⁾, Glum ¹³⁾ und Wöbelauer ¹⁴⁾.

1) BB 1960, 1005

2) NJW 1960, 942

3) DB 1958, 1148

4) MDR 1961, 725

5) Boesebeck sieht aber die Kündigung eines Kommanditisten als zustimmungspflichtig an, weil bei ihm die vermögensrechtlichen Beziehungen überwiegen. Beitzke kritisiert diese Differenzierung als inkonsequent, DB 1961, 25.

6) Diss. Seite 94 ff, 97

7) FamRZ 1961, 5, 8, 16

8) BB 1960, 1005

9) MDR 1961, 725

10) Boesebeck DB 1958, 1148, hat sich jedoch nur zu dem Fall geäußert, in dem die Kündigung das Ausscheiden des Gesellschafters bewirkt; auch Schlegelberger-Geßler verneint die Anwendbarkeit der §§ 1365 ff BGB.

11) JZ 1960, 564

12) DB 1961, 24 f

13) Diss. Seite 75 ff

14) NJW 1960, 796; ebenso Soergel Bd. IV Anm. 16 zu § 1365 BGB; Kastrup Diss. S. 54 ff; Kemper Diss. Seite 65

Fischer ¹⁾ unterscheidet die Fälle, in denen die Kündigung zum Ausscheiden des Gesellschafters führt, und die, in denen sie die Auflösung der Gesellschaft verursacht. Während die zum Ausscheiden des Gesellschafters führende Kündigung zustimmungsbedürftig sein soll ²⁾, läßt er die Kündigung, die die Auflösung der Gesellschaft bezweckt, nicht unter die §§ 1365 ff BGB fallen ³⁾.

2. Eigene Stellungnahme

Als einseitige Verfügung kann die Kündigung nur von § 1367 BGB in Verbindung mit § 1365 BGB ⁴⁾ erfaßt werden, nicht aber von § 1365 Abs. 1 BGB allein ⁵⁾. Das wird anscheinend oft übersehen ⁶⁾.

Es ist zuzugeben, daß die Kündigung nicht unter den Wortlaut der §§ 1365, 1367 BGB zu fallen scheint. Zwar sind die Bedenken, ob es sich bei ihr um eine Verfügung im rechtstechnischen Sinne handelt, unbegründet. Die Kündigung, welche das Ausscheiden des Gesellschafters aus der fortbestehenden Gesellschaft bedingt, wirkt nämlich unmittelbar ändernd auf das Beteiligungsrecht des Gesellschafters ein. Das Gesellschaftsverhältnis des Kündigenden wird durch die Kündigung nach den §§ 138 in Verbindung mit 131 Nr. 6 HGB aufgelöst. Die Kündigung wirkt somit unmittelbar gestaltend auf das Gesellschaftsverhältnis und damit auf das Anteilsrecht ein und ist deshalb eine Verfügung im rechtstechnischen Sinne ⁷⁾.

Auch bei der Kündigung, die eine Auflösung der ganzen Gesellschaft zur Folge hat, ist - entgegen der Ansicht von Glum ⁸⁾ und Kastrup ⁹⁾ - eine Verfügung im rechtstechnischen Sinne gegeben. Glum ist der Meinung, der Verfügungsbegriff könne nicht unmittelbar herangezogen werden, weil das Gesellschaftsvermögen durch die Kündigung nicht unmittelbar geändert werde ¹⁰⁾. Sie übersieht dabei, daß der Gesellschafter durch die Kündigung zwar nur mittelbar auf das Gesellschaftsvermögen, unmittelbar aber auf sein eigenes Vermögen, das Anteilsrecht, einwirkt. Das Einwirken auf das eigene Vermögen ist aber für die §§ 1365 und 1367 BGB entscheidend.

1) NJW 1960, 942 f

2) Dazu auch OLG-Köln NJW 1962, 2110

3) Ebenso Palandt Anm. 2 zu § 1365 BGB;

dazu auch die Literaturübersicht bei Schippel DNotZ 1961, 31

4) Dazu oben unter § 3, 4 (Anmerkung)

5) OLG-Frankfurt Rtspf1. 1960, 290 mit weiteren Hinweisen

6) Dazu die unter Kapitel 1 angegebene Literatur

7) BGH Bd. 1, 304 ff

8) Diss, Seite 77 f

9) Diss, Seite 56

10) Kastrup argumentiert ähnlich.

Die unmittelbare Änderung des Inhalts des Anteilsrechts durch die Kündigung zeigt sich darin, daß die Gesellschaft, an der das Mitgliedschaftsrecht besteht, gemäß § 131 Nr. 6 HGB "aufgelöst" wird. Das Beteiligungsrecht bezieht sich mithin (nach Wirksamwerden der Kündigung) nicht mehr auf eine werbende Gesellschaft, sondern auf eine Gesellschaft in Liquidation. Die Kündigung wirkt auch hier gestaltend. Insoweit steht also die Auflösungskündigung der Kündigung, die das Ausscheiden des Kundigenden zur Folge hat, gleich. Beides sind Verfügungen im rechtstechnischen Sinne.

Zweifel an der Anwendbarkeit des § 1367 BGB ergeben sich aber, weil es sich bei der Kündigung um eine isolierte Verfügung handelt. Wie bereits oben unter § 3, 4 erörtert worden ist, erfaßt § 1367 BGB alle einseitigen Rechtsgeschäfte, die unter § 1365 Abs. 1 BGB fallen würden, wenn sie zweiseitige Rechtsgeschäfte bildeten. Demnach ist hier entscheidend, ob die Kündigung als isolierte Verfügung von dem Wortlaut des § 1365 Abs. 1 BGB erfaßt wurde. Dagegen spricht die Erwähnung des Verpflichtungsgeschäftes in dem Tatbestand der Vorschrift. Es erscheint aber bei der hier oben § 8 zugrundegelegten Konzeption des Wortlauts, wie bereits oben unter § 3, 4 ausgeführt, gerechtfertigt, isolierte Verfügungen als unter den Tatbestand des § 1365 Abs. 1 BGB fallend anzusehen. Maßgeblich ist insoweit die dominierende Stellung des Verfügungsbegriffes in der Fassung der Norm. Deshalb bestehen von dem Wortlaut der §§ 1365, 1367 BGB her gesehen keine Bedenken dagegen, die Kündigung als zustimmungspflichtiges Rechtsgeschäft anzusehen¹⁾.

Die Motive, die systematische Stellung der §§ 1365 ff. BGB sowie der Vergleich mit ähnlichen Bestimmungen geben für die Entscheidung des vorliegenden Problems nichts her. Mithin muß die ratio der Norm entscheiden. Nach dieser soll möglichst eine Gefährdung der wirtschaftlichen Grundlage der Familie vermieden werden. Wie wiederholt gezeigt worden ist, kann jede Umsetzung des Vermögens eine Gefährdung der wirtschaftlichen Existenzgrundlage bedeuten. Die Kündigung der Gesellschaft steht dabei interessenmäßig einer Veräußerung der Gesellschaftsbeteiligung gleich: denn der Gesellschafter gibt seinen Anteil an einerwerbenden Gesellschaft auf und erhält dafür einen Erlös (Abfindungs- oder Liquidationserlös)²⁾. Die Kündigung stellt eine potentielle Gefährdung dar. Der Ehegattengesellschafter kann erstreben, mit Hilfe der Kündigung die schwer verwertbare und damit im Sinne des § 1365 BGB sichere Vermögensanlage durch leichter umsetzbare Einzelrechte zu ersetzen. Der Erlös, der in der Regel in Bargeld besteht, ist der Familie wesentlich leichter zu entziehen als das Anteilsrecht³⁾. Die Veränderung der Vermögenszusammensetzung kann der Ehegattengesellschafter sogar in der Absicht herbeiführen, die Bestimmung des § 1365 BGB zu umgehen.

1) A. A. sind Rittner FamRZ 1961, 5, 8, 16; Mülke Diss. Seite 94 ff, 97

2) Fischer NJW 1960, 943; Beitzke DB 1961, 24 f; Glum Diss. S. 75 ff

3) Dazu unten § 17

Es ist auch denkbar, daß der Gesellschafter trotz persönlicher Differenzen mit den anderen Gesellschaftern das Gesellschaftsverhältnis ohne wesentliche Nachteile beibehalten könnte, aber aus persönlichen und egoistischen Gründen die erhebliche Vermögensverschlechterung, die mit der Kündigung regelmäßig verbunden ist, ohne Rücksicht auf seine Familie in Kauf nimmt, in diesem Fall wurden sowohl die Interessen der Familie als auch die des anderen Ehegatten so einschneidend von der Kündigung berührt, daß ihnen ein Mitspracherecht im Rahmen der gesetzlichen Möglichkeiten zugebilligt werden muß. Im Falle des Mißbrauchs durch den anderen Ehegatten steht auch hier dem Gesellschafterehegatten wiederum § 1365 Abs. 2 BGB zur Seite. Diese Erwägungen zeigen, daß die persönliche Seite des Gesellschaftsverhältnisses nicht überbewertet - wie Boesebeck ¹⁾ und Tiedau ²⁾ es zu erstreben scheinen - und keineswegs den persönlichen Beziehungen der Ehegatten übergeordnet werden darf.

Die aufgezeigten möglichen Gefahren, die eine Kündigung in sich bergen kann, lassen es geboten erscheinen, die Kündigung den §§ 1367, 1365 BGB zu unterstellen. Dabei ist ohne Bedeutung, ob die Kündigung des Gesellschafters sein Ausscheiden bewirkt oder die Auflösung der Gesellschaft zur Folge hat.

Die wirtschaftliche Betrachtungsweise, wie sie Reinicke ³⁾ und Fischer ⁴⁾ anwenden wollen, scheitert hier aus den gleichen Gründen wie bei der Einbringung des Vermögens in die Gesellschaft. Insoweit kann auf die Ausführungen oben unter § 9 II 2 b verwiesen werden. Mithin ist die Kündigung der Gesellschaft durch einen Gesellschafterehegatten ein zustimmungsbedürftiges Rechtsgeschäft, wenn das Anteilsrecht des Ehegatten dessen wesentliches Vermögen ausmacht.

3. Die Auflösungsklage

Sehr zweifelhaft ist, ob ein Antrag auf gerichtliche Auflösungsentscheidung nach § 133 HGB unter die §§ 1367, 1365 BGB fallen kann. Der Antrag stellt nämlich keine Verfügung im rechtstechnischen Sinne dar; er bewirkt keine unmittelbare Änderung des Inhalts, der dem Anteilsrecht eignet. Er kann lediglich mittelbar eine Änderung hervorbringen. Zwischengeschaltet ist das gerichtliche Urteil, durch das aber nicht einmal notwendig die Auflösung der Gesellschaft herbeigeführt werden muß (Klagabweisung). Andererseits hat jedoch der Antrag große Ähnlichkeit mit der Kündigung. Der Gesellschafter unternimmt alles in seiner Macht stehende, um auf das Gesellschaftsverhältnis gestaltend einzuwirken. Auch beeinflusst er

1) DB 1958, 1148

2) MDR 1961, 725

3) BB 1960, 1005

4) NJW 1960, 942

durch den Antrag das Beteiligungsrecht an der Gesellschaft. Das Objekt des Rechtes, die Gesellschaft, wird nämlich nunmehr der Entscheidung des Gerichts zugänglich. Das Anteilsrecht erfährt aber trotz dieser Beeinflussung keine unmittelbare Änderung in seinem Inhalt, sondern lediglich eine potentielle Änderungsfähigkeit. Da mithin keine Verfügung i. S. der §§ 1365 ff BGB vorliegt, kommt eine unmittelbare Anwendung dieser Normen nicht in Betracht ¹⁾.

Die Interessenlage ist bei dem Antrag auf gerichtliche Auflösungsentscheidung aber genau die gleiche wie die bei der Kündigung mit Auflösungsfolge. Falls der Antrag nicht zustimmungspflichtig wäre, ergäbe sich dadurch sogar wieder eine Möglichkeit, die §§ 1365 ff BGB zu umgehen. Deshalb erscheint es von der ratio der Bestimmung her notwendig, sie in diesem Falle analog anzuwenden. Gegen eine Analogie ergeben sich jedoch erhebliche Bedenken. Die §§ 1365 ff BGB stellen nämlich eine Ausnahme von dem in § 1364 BGB festgelegten Grundsatz der Verwaltungsfreiheit dar. Deshalb sind die Vorschriften, wie oben unter § 5, 1 dargelegt, keiner allgemeinen analogen Anwendung fähig. Dieser Grundsatz besagt aber nicht, daß die §§ 1365 ff BGB nicht in einem besonderen Fall, der den von dem Wortlaut erfaßten Fällen völlig gleichliegt und der keine nennenswerte Ausdehnung der Bestimmung mit sich bringt, analog angewendet werden kann. Deshalb ist es bei dem Antrag auf gerichtliche Auflösungsentscheidung gerechtfertigt, die §§ 1367, 1365 BGB analog heranzuziehen. Der Antrag nach § 133 HGB ist somit zustimmungsbedürftig, soweit die Gesellschaftsbeteiligung des Ehegatten dessen wesentliches Vermögen ausmacht.

§ 17

VERÄUSSERUNG UND ÜBERTRAGUNG EINES GESELLSCHAFTSANTEILS

Die Veräußerung oder Übertragung des Gesellschaftsanteils an einer Personalgesellschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder eines Aktienbesitzes, die den wesentlichen Teil des Vermögens eines Ehegatten ausmachen, unterscheiden sich hinsichtlich ihrer Zustimmungsbedürftigkeit nicht von dem Einbringen des wesentlichen Vermögens in eine Gesellschaft. An die Stelle der Mitgesellschafter treten als Vertragspartner der oder die Übernahminteressenten. Die Übernehmer können die Mitgesellschafter sein, wenn nämlich eine Gesellschaftsauseinandersetzung auf diese Weise erstrebt wird. Als obligatorischer Vertrag kommt nicht der Gesellschaftsvertrag, sondern in der Regel ein Kauf- oder Auseinandersetzungs-

1) Beitzke, DB 1961, 24, behauptet trotzdem das Vorliegen einer Verfügung über die Gesellschaftsbeteiligung. Fischer, NJW 1960, 942, lehnt hingegen eine Erstreckung der Vinkulierungsvorschriften auf den Antrag i. S. des § 133 BGB generell ab.

vertrag in Frage. Die angestrebte Verfügung i. S. des § 1365 BGB liegt in der Übertragung oder Abtretung der Anteilsrechte ¹⁾,

Reinicke ²⁾ ist der Ansicht, die Übertragung des Gesellschaftsanteils bedürfe dann keiner Zustimmung im Sinne des § 1365 BGB, wenn der Ehegattengesellschafter sich auf diese Weise mit den übrigen Gesellschaftern auseinanderzusetzen beabsichtige. Die Übertragung stelle in der Sache wirtschaftlich gesehen eine Auseinandersetzung dar, und ein Ehegatte sei berechtigt, sich ohne Zustimmung seines Ehegatten mit den anderen Gesellschaftern auseinanderzusetzen. Der Ansicht Reinickes wird zu Recht ³⁾ von der wohl herrschenden Ansicht nicht gefolgt ⁴⁾.

Die Ausführungen Reinickes machen deutlich, daß er unter Berufung auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise das Gesetz einfach übergehen will. Selbst Fischer, der im übrigen die wirtschaftliche Betrachtungsweise gutheißt, äußert zu den in Betracht kommenden Abtretungen, sie bedürften "ganz fraglos" der Zustimmung des anderen Ehegatten ⁵⁾. Eine Verfügung i. S. des § 1365 BGB liegt mithin bei der Übertragung oder Abtretung des Gesellschaftsanteils vor.

Es bestehen keine Bedenken dagegen, gegebenenfalls das Anteilsrecht als das wesentliche Vermögen des Ehegattengesellschafters anzusehen ⁶⁾. Ferner steht der Anwendung des § 1365 BGB, wie oben ausgeführt ⁷⁾, nicht entgegen, daß das Anteilsrecht ein "einzelnes Recht" bildet.

Im Zusammenhang mit der Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln vom 11. 1. 1962 ⁸⁾ ist noch eine Erörterung des Falles notwendig, daß das Anteilsrecht wirtschaftlich gesehen wertlos zu sein scheint. Zwar kann hierbei grundsätzlich auf die obigen Ausführungen zurückgegriffen werden ⁹⁾. Doch soll das Problem nochmals kurz dargelegt werden. Das OLG-Köln hatte einen Fall zu entscheiden, in dem der Gesellschaftsanteil völlig überschuldet war und der Gewinnanspruch von der Gesellschaft mit Gegenforderungen aufgerechnet wurde. Das Gericht ließ eine Prüfung der Überschuldung dahinstehen. Es hielt für ausreichend, daß dem Gesellschafter ein Anspruch auf die Hälfte des Gewinns zustand. Für alle Zukunft könne

1) OLG-Köln, NJW 1962, 2109 f; Eiselt JZ 1960, 564; Fischer NJW 1960, 943; Bosch FamRZ 1958, 294; Haegele Rtspl. 1959, 6; Lüthgen GmbH-Rundschau 1957, 166

2) BB 1960, 1005

3) Dazu die Kritik des wirtschaftlichen Verfügungsbegriffes oben unter § 9 II 2 b

4) OLG-Köln aaO., Fischer aaO.; Eiselt aaO.

5) aaO. Seite 943

6) BGH FamRZ 1961, 305

7) Dazu oben unter § 9 I 2 b

8) NJW 1962, 2109

9) Dazu oben unter § 9 I 1 b; dort ist unter (3) der dem Urteil des OLG-Köln zugrundeliegende Sachverhalt in die Erwägungen einbezogen.

dem Gewinnanspruch jedenfalls nicht jeder wirtschaftliche Wert abgesprochen werden. Der Gewinnbeteiligungsanspruch des Gesellschafterehegatten habe also Vermögenswert gehabt, ebenso wie seine gesamthänderische Beteiligung an den beträchtlichen Sachwerten sowie dem Firmenwert. Das Oberlandesgericht Köln legt also in Übereinstimmung mit den obigen Ausführungen ¹⁾ klar, daß der Wert des Vermögens unterschiedlich zu beurteilen ist, je nach dem verfolgten Zweck. Das verschuldete Vermögen mag zwar bei einer derzeitigen Verwertung keinen Überschuß erbringen, als Existenzgrundlage kann es dennoch dienen.

Entscheidend ist mithin auch hier allein, daß das Aktivvermögen, die Vermögenssubstanz, von der Übertragung oder Abtretung betroffen wird. Deshalb ist der auf eine Übertragung des Gesellschaftsanteils gerichtete Vertrag sowie die Übertragung selbst ein zustimmungspflichtiges Rechtsgeschäft, soweit die Beteiligung das wesentliche Vermögen des Gesellschafterehegatten darstellt; ohne Bedeutung ist, wenn der Gesellschaftsanteil bei einer wirtschaftlichen Verwertung nichts erbringen würde.

§ 18

SCHUTZ DES GUTGLÄUBIGEN DRITTEN

Die Vertragspartner des Gesellschafterehegatten können in mehrfacher Hinsicht gutgläubig davon ausgehen, § 1365 BGB finde keine Anwendung und das fragliche Rechtsgeschäft mit dem Ehegatten werde wirksam abgeschlossen. Sie können einmal der Ansicht sein, dem Ehegattengeschafter stünde die alleinige Verfügungsbefugnis über die betroffenen Gegenstände zu, etwa weil er nicht verheiratet sei, die Einwilligung des anderen Ehegatten vorliege, die Eheleute nicht im gesetzlichen Güterstand lebten oder ähnliches mehr. Zum anderen können sie annehmen, durch das Rechtsgeschäft werde nicht das ganze (wesentliche) Vermögen betroffen.

1. Der gute Glaube an die alleinige Verfügungsbefugnis

Wie bereits aufgezeigt worden ist ²⁾, wird der gute Glaube des Dritten an die Verfügungsmacht des Vertragspartners nur in Ausnahmefällen geschützt. Eine entsprechende Regelung findet sich nicht in § 1365 BGB. Weder die Bestimmung des § 135 Abs. 2 BGB ³⁾, noch die der §§ 892 BGB ⁴⁾ oder 366 HGB ⁵⁾ sind unmittel-

1) Dazu oben unter § 9 I 1 b

2) Dazu oben unter § 5, 4 b (zu Beginn)

3) Dazu oben unter § 5, 4a

4) Dazu oben unter § 5, 4 a (Anmerkung)

5) Dazu oben unter § 6, 2 e (Anmerkung)

bar oder analog anwendbar. Die von Rechtsprechung und Lehre zu der Anscheinsvollmacht und der faktischen Gesellschaft herausgearbeiteten Grundsätze können nicht herangezogen werden ¹⁾. Schließlich läßt die ratio des § 1365 BGB keinen Schutz der Interessen Dritter aus sonstigen Gründen zu ²⁾. Deshalb ist im Rahmen des § 1365 BGB der gute Glaube eines Dritten an die Verfügungsmacht des Ehegatten grundsätzlich nicht geschützt ³⁾.

2. Unkenntnis der Tatsache, daß das ganze Vermögen betroffen ist

Wenn der Vertragspartner davon ausgeht, nicht das ganze Vermögen des Ehegatten sei von dem fraglichen Rechtsgeschäft betroffen und deshalb dürfe sich der Ehegatte ohne Einwilligung verpflichten, liegt - genau besehen - wiederum ein Fall des Verkehrs- oder Gutglaubensschutzes vor ⁴⁾. Der Vertragspartner ist nämlich wiederum gutgläubig hinsichtlich der Verfügungsbefugnis des Ehegatten über den oder die betroffenen Gegenstände. Deshalb muß nach den oben entwickelten Grundsätzen ein Gutglaubensschutz auch in diesem Fall abgelehnt werden. Trotzdem ist die wohl überwiegende Meinung in Lehre und Rechtsprechung darauf gerichtet, die zu § 419 BGB entwickelte sogenannte "subjektive Theorie" ⁵⁾ auf § 1365 BGB zu erstrecken ⁶⁾.

1) Dazu oben unter § 5, 4 b aa und bb

2) Dazu oben unter § 6, 2 e

3) Bärmann JZ 1958, 226; Bosch FamRZ 1957, 195; Eppig Diss. Seite 38 ff; Finke MDR 1957, 515; Glum Diss. Seite 182; Haegel Rtspl. 1960, 274; Knur, Probleme der Zugewinnsgemeinschaft, Seite 33; Obermüller BB 1958, 535; Reithmann DNotZ 1961, 6 f; Schneider-Zartmann-Martin, Seite 368; Baur, Sachenrecht, Seiten 179, 418

4) Glum Diss. Seite 111

5) Von dieser Theorie ist das Bestreben Rittners und Eppigs zu unterscheiden, durch Einführung des voluntativen Tatbestandsmerkmals die subjektiven Anschauungen der Parteien von dem Vermögen zum Vertragsinhalt zu erheben. (Dazu oben unter §§ 3, 3a; 3, 7 und 8.) Nach der "subjektiven Theorie" müssen die Parteien wissen, daß das ganze Vermögen betroffen wird, nach Rittner und Eppig müssen sie es wollen. Das wird nicht immer klar auseinandergehalten (Soergel Bd. IV Anm. 8, 11 zu § 1365 BGB; Boehmer, Die Teilreform, Seite 17 f, wo sich jedoch bereits Einschränkungen finden, Seite 18).

6) OLG-Hamm Rtspl. 1960, 227 ff; OLG-Frankfurt NJW 1960, 2002 ff; LG-Bielefeld FamRZ 1958, 316 und FamRZ 1959, 247; LG-Detmold NJW 1958, 1729 f; LG-Nürnberg-Fürth FamRZ 1959, 247; LG Itzehoe FamRZ 1959, 248; BGB-RGRK Anm. 13 zu § 1365 BGB; Erman, Anm. 4 zu § 1365 BGB; Palandt Anm. 2 zu § 1365 BGB; Krüger-Breetzke-Nowak Anm. 1 zu § 1365 BGB; Maßfeller-Reinicke Anm. 2 zu § 1365 BGB; Achilles-Greif, Anm. 5 zu § 1365 BGB; Bärmann, JZ 1958,

Unter der "subjektiven Theorie" wird bei § 419 BGB verstanden, daß der Erwerber zumindest die Verhältnisse kennen soll, aus denen sich ergibt, daß das ganze Vermögen von dem fraglichen Rechtsgeschäft erfaßt wird. Das soll insbesondere dann der Fall sein, wenn das Vermögen nur aus einem Gegenstand besteht ¹⁾. Diese Lehre ist aber schon bei § 419 BGB nicht unbestritten. Sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Lehre ist wiederholt das rein objektive Betroffensein des Vermögens als für § 419 BGB ausreichend angesehen worden. ²⁾

Die zu § 419 BGB ergangene Rechtsprechung und Literatur kann in diesem Punkt nicht auf § 1365 BGB erstreckt werden, weil die beiden Normen in Tatbestand, Rechtsfolgen und Sinn und Zweck zu stark voneinander abweichen. ³⁾ Deshalb könnte die subjektive Theorie nur für § 1365 BGB von Bedeutung werden, wenn sie in den Auslegungselementen der Norm eine Stütze fände.

Gelegentlich wird zur Begründung der subjektiven Theorie im Rahmen des § 1365 BGB auch auf die Rechtsprechung zu § 1444 a.F. BGB zurückgegriffen ⁴⁾. Wie bereits dargelegt, hilft aber auch die Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ Bd. 94 Seite 314 ff, 316 f nicht weiter. Auch die Entscheidung des Bundesgerichtshofes zu § 1822 Nr. 1 BGB ⁵⁾ kann für § 1365 BGB nicht nutzbar gemacht werden. ⁶⁾

Fortsetzung der Fußnote 6 von Seite 146;

6) 226 f und AcP 157, 159; Boesebeck DB 1958, 1147; Boehmer FamRZ 1959, 4 und Die Teilreform, Seite 17 f; Breetzke NJW 1960, 1466; Koeniger DRiZ 1959, 372; Gaa Diss. Seite 51; Lehmann, Familienrecht, Seite 84 f; Lüthgen GmbH-Rundschau 1957, 166; Maßfeller DB 1957, 499; Finke MDR 1957, 515; Obermüller BB 1958, 535 und BB 1961, 649; Reinicke BB 1957, 565; Reithmann DNotZ 1961, 3 f; Riedel MDR 1962, 5; Schuln DRiZ 1959, 76 ff, 79; Sichtermann DB 1959, 164; Tiedau MDR 1958, 379; Kastrup Diss. Seite 26; Buchwald-Tiefenbacher, Seite 103; unklar insoweit Baur, Sachenrecht, Seite 179

1) RGZ Bd. 69, 416 ff, 420; Bd. 76, 1 ff, 4; Bd. 123, 52 ff, 55; Bd. 134, 121 ff, 124 f; Bd. 154, 370 ff, 375; Bd. 160, 7 ff, 13; RGfW 1937, 217 Nr. 1; OLG-München MDR 1953, 41; Palandt Anm. 3 c zu § 419 BGB; BGB-RGRK Bd. I Anm. 6 zu § 419 BGB; Soergel-Siebert Bd. I Anm. 6 zu § 419 BGB; Enneccerus-Lehmann Bd. II, Seite 346 f; Laue AcP 146, 179 ff; derselbe AcP 140, 67 f; Glum Diss. Seite 98 ff

2) RGZ Bd. 85, 168 ff, 169 f; Bd. 92, 77 ff, 85; RGZ HRR 1929, Nr. 1569; RGZ HRR 1931 Nr. 36; Bergenroth MDR 1953, 140 ff (!); kritisch zur subjektiven Theorie äußert sich auch Esser, 1. Aufl., Seite 192; unklar 2. Aufl. Seite 433

3) Dazu oben unter § 7, 4

4) Dazu oben unter § 7, 1

5) FamRZ 1957, 121 f = DNotZ 1957, 503 f

6) Dazu oben unter § 7, 3

Wortlaut des § 1365 BGB sowie sein Sinn und Zweck lassen aber eine Ausdehnung der subjektiven Theorie auf § 1365 BGB, entgegen der wohl vorherrschenden Ansicht, nicht zu, obwohl auch der Gesetzgeber ihre Heranziehbarkeit als möglich ansah ¹⁾. Es ist vielmehr nach Wortlaut und ratio der Vorschrift der objektiven Theorie der Vorzug zu geben; das heißt, es kommt nicht darauf an, daß die Parteien wissen, ob das ganze Vermögen betroffen ist. Entscheidend ist allein, daß es tatsächlich von dem fraglichen Rechtsgeschäft erfaßt wird ²⁾. Für eine Berücksichtigung des guten Glaubens daran, daß nicht das ganze Vermögen betroffen wird, ergibt sich ebenso wenig wie für den allgemeinen Verkehrsschutz ein gesetzlicher Anhaltspunkt ³⁾. Aus grundsätzlichen Erwägungen ist nach Sinn und Zweck des § 1365 BGB kein Raum für die subjektive Theorie, wie oben unter § 6, 2 e dargelegt worden ist. Außer diesen Erwägungen sprechen weitere Gründe im Rahmen der ratio der Norm gegen eine Übernahme der subjektiven Theorie:

Durch die subjektive Theorie würden hauptsächlich leichtfertige und sorglose Vertragspartner geschützt, diejenigen, die es nicht für notwendig halten, sich um die Person des Vertragspartners zu kümmern. Die sorgfältig prüfenden Vertragspartner würden hingegen für ihre Mühewaltung bestraft ⁴⁾.

1) Dazu oben unter § 4, 4.

Die Ansicht des Gesetzgebers ist für die Auslegung des Gesetzes aber nicht entscheidend (oben unter § 4 - Anfang -). Es ist erstaunlich, daß der Gesetzgeber seine Ansicht von der subjektiven Theorie nicht im Gesetz zum Ausdruck gebracht hat. Ihm muß sowohl der Streit bei § 419 BGB um die subjektive Theorie bekannt gewesen sein als auch die Regelung in den nordischen Rechten, besonders dem "giftorätt-System" Schwedens (oben unter § 7, 6a). Dort ist ausdrücklich ein Gutglaubensschutz gesetzlich vorgesehen, was jedoch vor allem dadurch verständlich erscheint, daß alle Veräußerungen von Vermögensgegenständen vinkuliert sind. Im deutschen Recht findet sich bei weitem keine so starke Bindung der Ehegatten.

2) Die objektive Theorie wird vertreten von: Bosch FamRZ 1958, 294; Glum Diss. Seite 110; Eppig Diss. Seite 51 ff (vgl. dazu jedoch oben unter § 3, 7); Lorenz JZ 1959, 106; Mülke AcP 161, 149 ff; Knur DNotZ 1957, 460 und Probleme der Zugewinnngemeinschaft, Seite 31 ff; Beitzke DB 1961, 22 und Familienrecht, Seite 71; Meyer-Stolte FamRZ 1959, 229; derselbe FamRZ 1961, 363; Haegele Rtspl. 1960, 274 und Rtspl. 1960, 229 und Rtspl. 1959, 243; Pikalo RdL 1958, 289 (Fußnote 77 a); Schulz-Kersting JR 1959, 138; Weimar NJW 1960, 2002; Schneider-Zartmann-Martin Seite 351; LG-Bremen FamRZ 1959, 254; LG-Berlin FamRZ 1959, 65; kritisch auch Weber DNotZ 1961, 334

3) Dazu oben unter § 5, 4 b

4) Reithmann DNotZ 1961, 4; Tiedau MDR 1961, 723

Auch würde bei Heranziehung der subjektiven Theorie der Schutz des § 1365 BGB nahezu illusorisch. Gerade der böswillige Ehegatte, gegen den die Vorschrift in besonderem Maße schützen soll, könnte durch Zusammenarbeiten mit einem wiligen Vertragspartner das Einwilligungserfordernis leicht umgehen. Der Vertragspartner brauchte später nur zu behaupten, er habe nicht gewußt, daß das fragliche Rechtsgeschäft das wesentliche Vermögen des Ehegatten erfaßt habe. Der andere, geschädigte Ehegatte würde wohl so gut wie nie beweisen können, daß der Partner doch über den Charakter des Geschäftes informiert war.

Es besteht andererseits keine Gefahr, daß der Rechtsverkehr durch eine Ausschaltung der subjektiven Theorie und eine Hinwendung zur objektiven Theorie in unzumutbarer Weise belastet wird. Es ist nämlich, wie oben unter § 5, 4 b bb (Anmerkung) dargetan worden ist, heute weitgehend üblich, sich vor jedem Rechtsgeschäft von einiger Bedeutung über die Person des Vertragspartners zu informieren. Das wird insbesondere vor dem Abschluß eines Gesellschaftsvertrages der Fall sein. Dabei wird es wegen des Zugrundelegens des Aktivvermögensbegriffes nicht allzu schwer sein zu erkennen, ob der Ehegatte noch Vermögen außer den von dem Vertrag betroffenen Gegenständen besitzt. Im übrigen sind Geschäfte über das wesentliche Vermögen - zumindest im Gesellschaftsrecht - ohnehin selten.

Der Vertragspartner des handelnden Ehegatten ist also weder geschützt, wenn er im allgemeinen an die Verfügungsbefugnis des handelnden Ehegatten über die betroffenen Gegenstände glaubt, noch wenn er im besonderen annimmt, das fragliche Rechtsgeschäft betreffe nicht das wesentliche Vermögen des Ehegatten.

§ 19

ABDINGBARKEIT DES § 1365 ABS. 1 BGB

Es ist denkbar, daß der Gesellschafter - etwa um die steuerlichen Vorteile (§ 6 Erbschaftsteuergesetz) wahrzunehmen - den gesetzlichen Güterstand beibehalten will, den ihm ungünstigen § 1365 BGB aber auszuschließen beabsichtigt. Es ergibt sich daher die Frage, ob das durch einen Ehevertrag möglich ist. Nach § 1408 BGB können die Ehegatten ihre güterrechtlichen Verhältnisse durch Vertrag regeln, insbesondere auch nach Eingehung der Ehe den Güterstand aufheben oder ändern. Überwiegend wird die Ansicht vertreten, die Ehegatten könnten auch die Verfügungsbeschränkungen der §§ 1365 ff BGB durch Vertrag einschränken oder ausschließen¹⁾. Scheffler²⁾ weist jedoch darauf hin, der vertragliche Ausschluß der Be-

1) Soergel Bd. IV Anm. 31 zu § 1365 BGB und Anm. 5 zu § 1408 BGB; Palandt Anm. 1 zu § 1365 BGB; BGB-RGRK Bd. IV, 11. Aufl., Anm. 34 zu § 1365 BGB; Beitzke, Familienrecht, Seite 65; Knur DNotZ 1957, 459 f; Haegle Rtspl. 1957, 243 und Rtspl. 1959, 9 (zu 4); Finke MDR 1957, 463 ff; Tiedau MDR 1958, 381; Eiselt JZ 1960, 564; Schemmann BB 1959, 349; Kemper Diss., Seite 84 ff; Schneider-Zartmann-Martin Seite 373

2) BGB-RGRK Bd. IV Anm. 34 zu § 1365 BGB

schränkung nur zugunsten eines Eheteils müsse als Verstoß gegen die guten Sitten erachtet werden, wenn er nicht durch besondere sachliche Gründe gerechtfertigt werde ¹⁾.

Gegen eine generelle Ausschlußmöglichkeit der Verwaltungsbeschränkungen spricht sich Breetzke ²⁾ aus. Er hält einen Ausschluß nur durch einen Ehevertrag und durch diesen wiederum nur für zulässig, wenn das Rechtsgeschäft in seinem Inhalt sowie nach Art, Gelegenheit und Vertragspartner bestimmbar und überschaubar wäre ³⁾. Andernfalls dürfte ein solcher Ehevertrag gegen die guten Sitten verstoßen, weil er die Verfügung über die wirtschaftliche Grundlage der Familie dem Belieben eines Eheteils anheimstelle - § 138 BGB.

Breetzke scheint mithin nicht davon auszugehen, die Verwaltungsbeschränkung sei ein wesentlicher Bestandteil des gesetzlichen Güterstandes und als solcher nicht ausschließbar. Er scheint sich vielmehr auf einen anderen Ausgangspunkt zu stützen: Obwohl im Ehevertragsrecht volle Vertragsfreiheit herrscht, wird diese durch besonders gravierende Vorschriften des Gesetzes (wie z. B. § 138 BGB) eingeschränkt ⁴⁾. Eine ehevertragliche Regelung ist aber auch nur insoweit unwirksam, wie diese zwingenden Vorschriften reichen.

Von diesem Ausgangspunkt her gesehen scheint das Ergebnis, zu dem Breetzke kommt, bedenklich. Bei § 1444 a. F. erschien es zwar vertretbar, den Ausschluß der Verwaltungsbeschränkung für sittenwidrig zu halten, weil insoweit die ohnehin benachteiligte Frau noch ein weiteres Recht aufgab ⁵⁾. Dementsprechend sieht auch Scheffler ⁶⁾ zu Recht als grundsätzlich sittenwidrig an, wenn sich nur einer der beiden Ehegatten seines Zustimmungsrechts begibt. In diesem Fall läßt sich nämlich der Eindruck nicht leugnen, daß der handelnde Ehegatte seine starke Position zu Lasten des anderen ausgenutzt hat. Wenn jedoch beide Ehegatten auf ihr Zustimmungsrecht generell verzichten, kann im allgemeinen nicht davon die Rede sein, daß sie in sittenwidriger Weise gehandelt haben. Es müßten zumindest besondere Anhaltspunkte für die Sittenwidrigkeit gegeben sein.

Die Sittenwidrigkeit kann nicht daraus hergeleitet werden, daß den Ehegatten das Zustimmungsrecht im Interesse der Familie ⁷⁾ zusteht. Die Ehegatten können näm-

1) Soergel Bd. IV Anm. 31 zu § 1365 BGB

2) Krüger-Breetzke-Nowak Anm. 3 zu § 1365 BGB

3) So wohl auch KG OLG 37, 240 f für die alte gesetzliche Regelung

4) Ebenso Staudinger Bd. IV, 9. Aufl., Anm. 8 zu § 1444 BGB; Knur DNotZ 1957, 467, mit weiteren Hinweisen

5) Staudinger aaO.

6) BGB-RGRK Bd. IV, Anm. 34 zu § 1365 BGB; Soergel-Siebert, Bd. IV, Anm. 31 zu § 1365 BGB (ebenso)

7) Mülke AcP 161, 160 f

lich in jedem konkreten Fall auf ihr Einspruchsrecht oder ihr Recht aus § 1368 BGB verzichten, selbst wenn sie damit den Interessen der Familie zuwider handeln. Es ist deshalb nicht einzusehen, warum es sittenwidrig sein soll, wenn sie im voraus durch Ehevertrag oder generelle Zustimmung die Verwaltungsbeschränkung für alle in Frage kommenden Fälle abbedingen. Mithin rechtfertigt die Begründung Breetzkes nicht seinen Schluß, der Ausschluß der Verwaltungsbeschränkungen sei sittenwidrig und damit unzulässig.

Die Verwaltungsbeschränkung des § 1365 BGB kann aber aus einem anderen Grund nicht eingeschränkt oder ausgeschlossen werden. Mülke ¹⁾ hält eine ehevertragliche Vereinbarung der Ehegatten über einen Ausschluß der Verwaltungsbeschränkungen zu Recht für unzulässig, weil die §§ 1365 ff BGB zwingendes Recht enthielten. Nach dem Auftrag des Grundgesetzes in Art. 6 Abs. 1 GG solle das Familienrecht die Belange der Familie in besonderer Weise berücksichtigen. Ein gesetzlicher Güterstand, der die Familie als solche in keiner Weise begünstige, würde den Anforderungen des Grundgesetzes nicht entsprechen. Wenn die §§ 1365 ff BGB der Familie nun auch nur einen begrenzten Schutz böten, so seien sie deshalb doch als wesentliche Bestandteile der Zugewinnngemeinschaft zu betrachten. Die §§ 1365 ff BGB seien deshalb zum Wesen der Zugewinnngemeinschaft zu rechnen und somit zwingendes Recht. Zweifel an einer vertraglichen Ausschlußmöglichkeit des Rechts der Ehegatten aus den §§ 1365 ff BGB ergäben sich auch daraus, daß den Ehegatten diese Rechte insbesondere zum Schutz der Familie zustünden und sie deshalb nicht frei darüber verfügen könnten.

Zunächst ist dem Ausgangspunkt Mülkes zuzustimmen. § 1408 BGB gilt nicht unbeschränkt, sondern nur für die unwesentlichen Bestandteile des gesetzlichen Güterstandes, die dispositives Recht enthalten. Dieser Standpunkt ist zwar nicht unbestritten ²⁾, er wurde aber schon für das gesetzliche Ehegüterrecht alter Fassung vertreten ³⁾. Wolff ⁴⁾ führt dazu aus, abändernde Eheverträge seien nur soweit zulässig, als das Gesetz ihre Zulässigkeit ausspreche ⁵⁾ oder als die zu beseitigende Gesetzesnorm nicht wesentlich zum Charakter des gesetzlichen Güterstandes gehöre. In Anm. 26 aaO. wird ergänzt, der gesetzliche Güterstand gelte kraft dispositiven

1) aaO.

2) Knur DNotZ 1957, 459 ff

3) Planck-Unzner, Bd. IV 1. Hälfte, Anm. 9 c zu § 1432 BGB; Unzner hält aber einen Ausschluß des § 1444 a. F. BGB für zulässig, soweit davon nur entgeltliche Rechtsgeschäfte betroffen werden - aaO. Anm. 7 zu § 1444 BGB.

4) Enneccerus, Bd. IV, Seite 161 (§ 41 IV 1 und Anm. 26)

5) Das ist z. B. in § 1414 Satz 2 n. F. BGB für den Zugewinnausgleich der Fall,

Recht gelte er aber einmal, so gelten manche auf ihn bezügliche Sätze zwingend. Diesen Ausführungen ist zuzustimmen. Die Notwendigkeit, wesentliche Bestandteile des gesetzlichen Güterstandes als zwingendes Recht anzusehen, folgt insbesondere aus dem Erfordernis, das Gesetz wertgebunden auszulegen¹⁾. Es kann den Ehegatten nicht völlig freigestellt werden, was sie aus dem gesetzlichen Güterrechtssystem machen. Vielmehr müssen sie sich an die Wertordnung, die ihnen durch das Grundgesetz, hier durch Art. 6 Abs. 1 GG, vorgegeben ist, halten. Dementsprechend unterliegt das gesetzliche Güterrecht nicht in vollem Umfang der Disposition der Ehegatten.

Fraglich kann nur sein, ob § 1365 BGB zu den wesentlichen Bestandteilen des Ehegüterrechts zu zählen ist. Die Vorschriften der §§ 1365 ff BGB bieten zwar nur eine geringe und unvollkommene Sicherung für die wirtschaftliche Existenz der Familie. Immerhin aber sind sie ein Ausfluß des Art. 6 Abs. 1 GG, und sie sind, wenn auch als unzulängliche Vorschriften, dazu bestimmt und geeignet, die Existenzgrundlage der Familie zu sichern und damit auch die Familie selbst in ihrem Bestand zu schützen²⁾. Damit erfüllen sie eine der - nach der Wertordnung des Grundgesetzes - vordringlichsten Aufgaben, die dem gesetzlichen Güterrecht aufgegeben sind. Sie müssen mithin zu den wesentlichen Vorschriften des Güterrechts gezählt werden, die nicht durch Vertrag beschränkt oder ausgeschlossen werden können.

Diese strenge Regelung ist erforderlich, um gerade in den Fällen, in denen der § 1365 BGB wirklich zu helfen vermag, der Familie Schutz zu gewahren. Der handelnde Ehegatte wird nämlich besonders bei nicht mehr intakter oder nicht mehr harmonischer Ehe oder dann, wenn er die Familie zu schädigen gedenkt, versuchen, den anderen Ehegatten zum Abschluß eines ihm selbst günstigen Ehevertrages oder zu einer generellen Zustimmung für die Zukunft zu zwingen. Der Spekulant und der böswillige Ehegatte werden bemüht sein, unter allen Umständen die Schwäche des anderen Ehegatten auszunutzen, um sich volle Bewegungsfreiheit zu verschaffen. In der harmonischen Ehe wird hingegen der § 1365 BGB überhaupt nicht als Last empfunden werden.

Dem gefundenen Ergebnis steht nicht entgegen, daß der andere Ehegatte im konkreten Fall nicht von seinem Recht, die Einwilligung zu verweigern, Gebrauch machen muß und daß der handelnde Ehegatte gegebenenfalls die Erteilung der Zustimmung durch entsprechenden Druck auf den anderen Ehegatten erreichen kann. Auch die Möglichkeit, den gesetzlichen Güterstand überhaupt und damit auch § 1365 BGB auszuschließen, ändert nichts. Es ist zwar zuzugeben, daß der Schutz der Familie und des anderen Ehegatten höchst unvollkommen ist und dem böswilligen Ehegatten zahllose Wege offenstehen, die Schranke des § 1365 BGB zu überwinden. Das recht-

1) Dazu oben unter § 2

2) Dazu oben unter § 6 und § 5, 3

fertigt aber nicht, ihm dieses Vorgehen noch zu erleichtern. Vielmehr muß der Schutz, den das Gesetz bietet, so weit wie bei einer ordnungsgemäßen Auslegung der betroffenen Vorschriften möglich, ausgenutzt werden.

Mithin kann die Verwaltungsbeschränkung des § 1365 BGB nicht im voraus beseitigt oder eingeschränkt werden, weder durch Ehevertrag noch in sonstiger Weise (etwa durch eine generelle Zustimmung).

L E B E N S L A U F

Am 22. August 1935 wurde ich als zweites von vier Kindern des Steueramtmanns Franz Ollig und seiner Ehefrau Gertrud geborene Ellerich in Kaisersesch (Eifel) geboren.

Von Ostern 1941 bis Ostern 1945 besuchte ich die Volksschule in Homberg an der Efze (Nordhessen). Ostern 1946 bestand ich die Aufnahmeprüfung für das Realgymnasium in Homberg. 1951 wechselte ich zu dem Realgymnasium in Hanau am Main über. Dort bestand ich Ostern 1955 das Abitur. Im Sommersemester 1955 ließ ich mich an der Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt am Main immatrikulieren. Meine akademischen Lehrer waren insbesondere die Herren Professoren Dr. Heinrich Kronstein und Dr. Walter Mallmann. Das achtsemestrige Studium der Rechtswissenschaften schloß ich am 17. Dezember 1959 erfolgreich mit der ersten juristischen Staatsprüfung bei dem Oberlandesgericht in Frankfurt ab. Nach Ableistung des Referendardienstes bestand ich am 17. Juli 1964 die große juristische Staatsprüfung bei dem juristischen Landesprüfungsamt in Wiesbaden.

